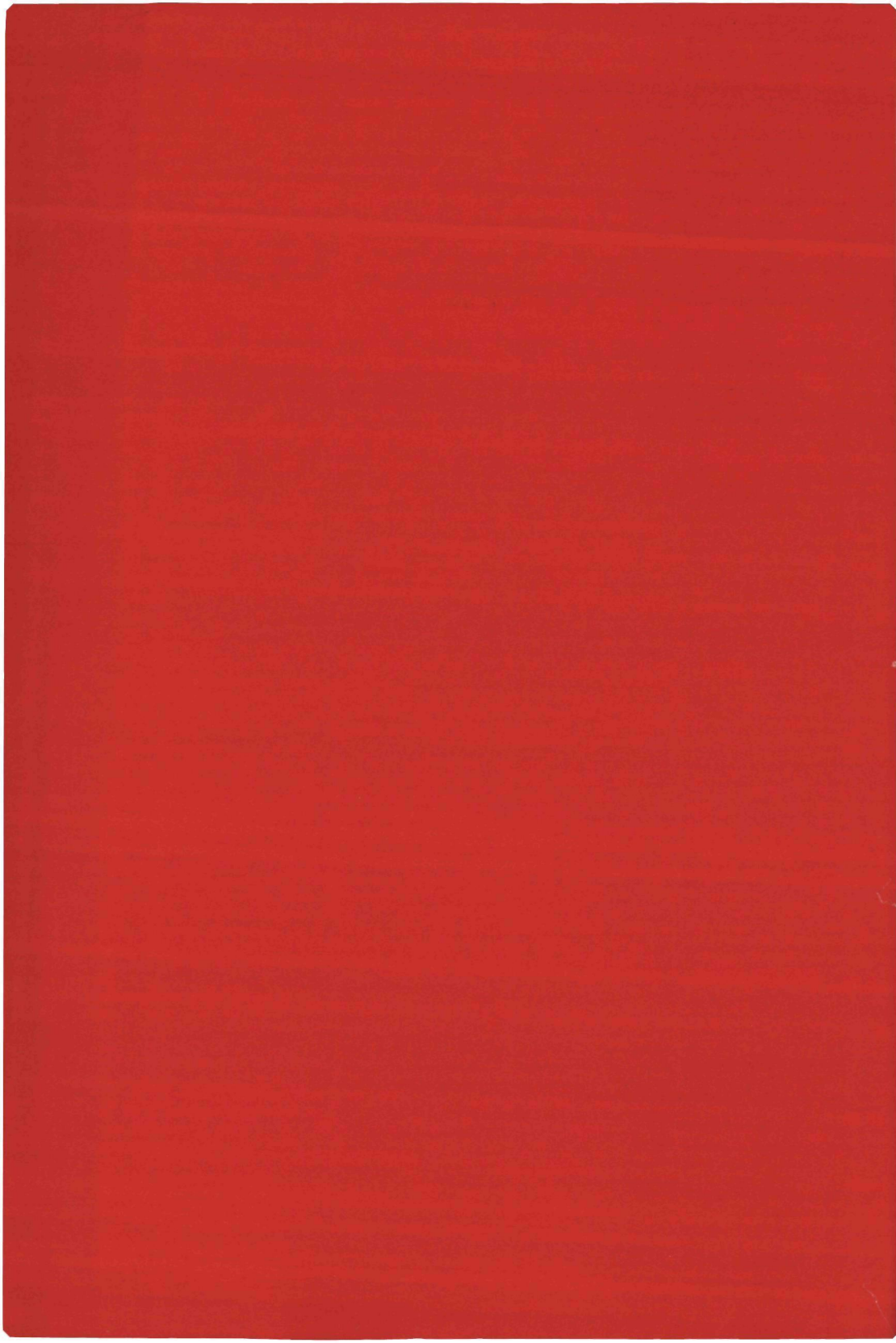


2368

# De Arob-beschikking

Mr.drs.F.C.M.A.Michiels



## De Arob-beschikking





# De Arob-beschikking

## Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor in de rechtsgeleerdheid aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen, op gezag van de Rector Magnificus Prof. dr. B.M.F. van Iersel volgens besluit van het College van Decanen in het openbaar te verdedigen op vrijdag 6 maart 1987 des namiddags te 3.30 uur door

**Felix Cornelis Maria Anthonius Michiels**

geboren te Delft

**Promotor: prof. mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen**

*Voor Jacqueline*



# Inhoud

<b>Lijst van afkortingen</b>	<b>11</b>
<b>Woord vooraf</b>	<b>15</b>
<b>Inleiding</b>	<b>17</b>
<b>1 De beschikking (algemeen)</b>	<b>21</b>
1.1 De term beschikking	21
1.1.1 Taalkundig	21
1.1.2 In de wet	21
1.2 Het begrip beschikking	23
1.2.1 Ontwikkeling van het beschikkingsbegrip in Nederland	23
1.2.2 De wortels van het beschikkingsbegrip in Duitsland en Frankrijk	24
1.2.3 Met het beschikkingsbegrip vergelijkbare begrippen in Frankrijk, Duitsland en België	26
1.3 De beschikking als rechtshandeling	27
1.3.1 Inleiding	27
1.3.2 De handeling	28
1.3.3 De rechtshandeling	33
1.3.3.1 De privaatrechtelijke rechtshandeling; wilsleer en vertrouwensleer	34
1.3.3.2 De publiekrechtelijke rechtshandeling; de zin van de handeling	36
1.3.3.3 Een grensgeval: de rechtsvaststellende beschikking	38
1.3.4 Besluiten en handelingen	40
<b>2 Van Bab-beschikking naar Arob-beschikking</b>	<b>44</b>
2.1 Inleiding	44
2.2 De beschikking ex artikel 2 Wet Bab	45
2.2.1 Inleiding	45
2.2.2 De Commissie De Monchy	45
2.2.3 Het Ontwerp-Bab	49
2.2.4 De Wet Bab	52
2.2.5 De jurisprudentie met betrekking tot de Bab-beschikking	54

2.3	Parlementaire geschiedenis van artikel 2 Wet Arob	55
2.3.1	De Commissie Wiarda	55
2.3.2	De parlementaire behandeling van artikel 2 Wet Arob	57
2.4	Elementen van de Arob-beschikking	63
2.4.1	Besluit	63
2.4.2	Administratief orgaan	64
2.4.3	Schriftelijk	67
2.4.4	Gericht op enig rechtsgevolg	69
2.4.5	Voor concrete gevallen (geen besluit van algemene strekking)	70
2.4.6	Geen rechtshandeling naar burgerlijk recht	70
2.4.7	Eenzijdig	71
2.4.8	Naar buiten gericht	72
2.4.9	Weigering (artikel 3)	74
2.4.9.1	De expliciete weigering	74
2.4.9.2	De fictieve weigering	77
2.4.9.3	Het aanhouden van een besluit	78
3	De beschikking als besluit gericht op enig rechtsgevolg	80
3.1	Inleiding	80
3.2	Is er een besluit?	81
3.3	Heeft het besluit rechtsgevolg?	89
3.3.1	Inleiding	89
3.3.2	Gebrekkige besluiten	91
3.3.2.1	Vernietigbare, nietige en non-existente besluiten	91
3.3.2.2	Onbevoegd genomen besluiten	92
3.3.3	Besluiten gericht op feitelijk gevolg	96
3.3.3.1	Algemeen	96
3.3.3.2	Vorbereidingshandelingen (algemeen)	97
3.3.3.3	Adviezen	104
3.3.4	Rechtsoordelen	106
3.3.4.1	Algemeen	106
3.3.4.2	De beslissing op een verzoek om informatie	111
3.3.5	De herhaalde beslissing	114
3.3.6	Beschikkingen zonder (specifieke) wettelijke basis	121
3.4	Is het besluit op het rechtsgevolg gericht?	125
3.4.1	Algemeen	125
3.4.2	Het afgeven van bewijsstukken	128
3.4.3	De waarschuwing voorafgaande aan bestuursdwang	130

<b>4</b>	<b>Beschikking en rechtshandeling naar burgerlijk recht</b>	<b>138</b>
4.1	Inleiding	138
4.2	Het ontbreken van een publiekrechtelijke titel	139
4.2.1	Het sluiten van burgerrechtelijke overeenkomsten (algemeen)	139
4.2.1.1	Inleiding	139
4.2.1.2	Het sluiten van overeenkomsten en de publiekrechtelijke titel	140
4.2.2	Subsidies	151
4.2.2.1	Algemeen	151
4.2.2.2	Subsidie-overeenkomsten	152
4.2.2.3	De Beeldende Kunstenaars Regeling	159
4.2.3	Schadevergoedingsbesluiten	162
4.3	Het publieke taak criterium	168
4.3.1	Inleiding	168
4.3.2	Artikel 209, aanhef en onder h gemeentewet	169
4.3.3	De uitwegvergunning en -heffing	174
4.3.4	De publieke taak als grondslag voor beschikkingsbevoegdheid	177
4.4	Het weigeren van de publiekrechtelijke weg	183
4.5	Impliciete beschikkingen	190
4.6	De ketentheorie	191
<b>5</b>	<b>Besluiten van algemene strekking</b>	<b>201</b>
5.1	Inleiding	201
5.1.1	Algemeen	201
5.1.2	De verhouding tot de overige elementen van artikel 2	202
5.2	Parlementaire geschiedenis	205
5.3	Criteria voor het onderscheid tussen beschikking en besluit van algemene strekking	206
5.3.1	Inleiding	206
5.3.2	Het adressaatscriterium	207
5.3.2.1	Algemeen	207
5.3.2.2	De toepassing van het adressaatscriterium (algemeen)	210
5.3.2.3	Besluiten die de toepasselijkheid van wetgeving nader bepalen	216
5.3.3	Het zaakscriterium	220
5.3.3.1	Algemeen	220
5.3.3.2	De toepassing van het zaakscriterium (algemeen)	222



5.3.3.3	Vorbereidingsbesluiten en postzegelplannen (zaaks- criterium en doelcriterium)	225
5.3.4	Het samenhangcriterium	231
5.3.4.1	Algemeen	231
5.3.4.2	Plannen in de Wet op de Ruimtelijke Ordening	232
5.3.4.3	Andere plannen, e.d.	234
5.3.4.4	Andere besluiten	239
5.4	De ketentheorie	240
<b>6</b>	<b>Balans</b>	245
6.1	Uitgangspunt	245
6.2	Toetsing van de jurisprudentie	248
6.2.1	Jurisprudentie conform het uitgangspunt	248
6.2.2	Jurisprudentie in strijd met het uitgangspunt	250
6.2.2.1	Te enge opvatting van het beschikkingsbegrip	250
6.2.2.2	Te ruime opvatting van het beschikkingsbegrip	252
6.2.2.3	Inconsistente jurisprudentie	253
6.2.3	Conclusies	257
6.3	Is wetwijziging gewenst?	262
	<b>Noten</b>	269
	<b>Lijst van verkort aangehaalde literatuur</b>	300
	<b>Jurisprudentieregister</b>	302
	<b>Trefwoordenregister</b>	309
	<b>Samenvatting</b>	313
	<b>Zusammenfassung</b>	317
	<b>Curriculum vitae</b>	321

# Lijst van afkortingen

AAe	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABAR	Algemene bepalingen van administratief recht
ABW	Algemene Bijstandswet
Afd. R.	Afdeling rechtspraak van de Raad van State
APV	Algemene Politie (Plaatselijke) Verordening
Arbo	Administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie
Arob	Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen
B & W	Burgemeester en wethouders
Bab	Beroep administratieve beschikkingen
Best.w.	Bestuurswetenschappen
BKR	Beeldende Kunstenaars Regeling
BNB	Beslissingen in belastingzaken/Nederlandse belasting-rechtspraak
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	Collectieve arbeidsovereenkomst
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CRM	Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk Werk
CRvB	Centrale Raad van Beroep
D.G.	Directeur-generaal
diss.	dissertatie
EEG	Europese Economische Gemeenschap
Gem.stem	De Gemeentestem
GS	Gedeputeerde staten
Gw	Grondwet
Hand. II	Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
H.I.D.	Hoofd-Ingenieur Directeur
HR	Hoge Raad
jur. besch.	jurisprudentie beschikking

KB	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding
K/vM	J.M. Kan/H.Th.J.F. van Maarseveen, Wet beroep administratieve beschikkingen, losbladig, Samsom Uitgeverij, Alphen a/d Rijn 1964
MBV	Modelbouwverordening
M en R	Tijdschrift voor Milieu en Recht
MvA I (II)	Memorie van Antwoord aan de Eerste (Tweede) Kamer der Staten-Generaal
MvT	Memorie van Toelichting
NCO	Stichting Nationale Commissie Voorlichting en Bewustwording Ontwikkelingssamenwerking
NG	De Nederlandse Gemeente
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
NvW	Nota van Wijzigingen
ODOL	Onrechtmatige Daden Openbare Lichamen
Pres.	President
PS	Provinciale staten
Rb	Rechtbank
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RVV	Reglement Verkeersregels en Verkeerstekens
RvdW	Rechtspraak van de Week
SEW	Sociaal Economische Wetgeving
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
tB/S	J.B.J.M. ten Berge/F.A.M. Stroink; AROB (Samsom ed.), jurisprudentie
TvO	Tijdschrift voor Openbaar bestuur (tot 1975: Tijdschrift voor Overheidsadministratie)
VAR	Vereniging voor Administratief Recht
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
VROM	Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer
VV II	Voorlopig Verslag van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
Vz	Voorzitter
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
Wet AB	Wet Algemene Bepalingen
Wet RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
Wet RvS	Wet op de Raad van State

<b>Wnd. Vz.</b>	<b>Waarnemend voorzitter</b>
<b>Wob</b>	<b>Wet openbaarheid van bestuur</b>
<b>WPNR</b>	<b>Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie</b>
<b>WVC</b>	<b>Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur</b>
<b>WW</b>	<b>Werkloosheidswet</b>



## Woord vooraf

Hierbij dank ik al degenen die door hun belangstelling en vriendschap het schrijven van dit proefschrift tot een aangename bezigheid hebben gemaakt.

In het bijzonder gaat mijn dank uit naar Pascale Bruinen en Gerdy Jurgens, die mij als student-assistent met een grote inzet en een scherp inzicht hebben gesteund, alsmede naar Tineke van der Vhee, die snel en nauwkeurig de verschillende versies van het manuscript heeft getypt.

Nuttig en stimulerend was het commentaar dat ik van enige leden van de wetenschappelijke staf als ook van mr. J.B.M. Heerink mocht ontvangen.

Tenslotte dank ik Sieglinde Bordt voor haar hulp bij het vertalen van de Samenvatting.





# Inleiding

Na de inwerkingtreding van de Wet Arob op 1 juli 1976 heeft zich een buitengewoon omvangrijke jurisprudentie ontwikkeld over de bepalingen van deze wet en de daarmee verband houdende artikelen van de Wet op de Raad van State. In het kielzog van de Arob-rechtspraak heeft zich een indrukwekkende hoeveelheid wetenschappelijke commentaren gevormd in handboeken, artikelen, noten en wat dies meer zij. Te noemen vallen onder meer het handboek van Steenbeek<sup>1</sup>, 'De wet AROB toegepast', van Loeb e.a.<sup>2</sup>, en het groots opgezette losbladige project van uitgeverij Samsom.<sup>3</sup> Met betrekking tot het beschikkingsbegrip in de Wet Arob valt in het bijzonder nog te wijzen op de preadviezen van Borman en Punt voor de NJV-vergadering in 1981.<sup>4</sup>

Een monografie over de Arob-beschikking was echter nog niet voorhanden. Aan een integrale behandeling van de jurisprudentie over dit begrip lijkt echter wel behoefte te bestaan nu de beschikking een uiterst moeilijk af te bakenen ontvankelijkheidsgrondslag is gebleken. Al mag de beschikking niet meer centraal staan in het administratieve recht<sup>5</sup>, althans niet meer zozeer als dat lange tijd het geval is geweest, in de Wet Arob staat de beschikking wel degelijk centraal. Inmiddels kan men zich afvragen of de wetgever er verstandig aan heeft gedaan om dit aan de doctrine ontleende begrip tot scharnier van de rechtsmachtverdeling te maken. Eerst dan immers moeten knopen worden doorgehakt, waar men in de doctrine ongestraft kan twisten over de vraag of een bepaald besluit nu wel of geen beschikking is. De beperking van het Arob-beroep tot beschikkingen, op historische en praktische gronden, heeft de rechter en de rechtsgeleerde commentatoren voor tal van interpretatieproblemen gesteld. Met moeite vallen in de vloed van uitspraken enige lijnen te ontdekken. Het opbouwen respectievelijk herkennen van een systematisch opgebouwd geheel wordt echter niet alleen door de hoeveelheid uitspraken, maar ook door de rechtspolitieke strekking van sommige ervan, bemoeilijkt.

Nog om een andere reden staat de beschikking als ontvankelijkheidsgrondslag (of, zo men wil, bevoegdheidsgrondslag) ter discussie. Wat is er de ratio van slechts tegen deze categorie van overheidshandelingen beroep open te stellen op de algemene administratieve rechter? Is aan een dergelijk beroep niet ook behoefte bij andere handelingen?

Het doel van dit proefschrift is de Arob-jurisprudentie over het beschikkingsbegrip te ordenen en de grenzen van die ordening te beschrijven. Daartoe is een volstrekt uitputtende behandeling van de jurisprudentie niet vereist en ook niet ondernomen. Wel is getracht alle relevante aspecten fundamenteel te beschouwen aan de hand van de belangrijkste uitspraken. Het verkregen beeld van 'geordende chaos' kan een rol spelen in de discussie over handhaving van de artikelen 2 en 3 Wet Arob in hun huidige vorm.

Bij de analyse van de Arob-rechtspraak is tot het uiterste getracht niet alleen die rechtspraak te begrijpen en te verklaren, maar ook te zoeken naar een verdediging voor die rechterlijke keuzen die door velen als discutabel worden beschouwd. Blijkt dan tenslotte, ondanks deze inspanning, dat de Arob-wetgever de Arob-rechter met de beschikking voor een onmogelijke opgave heeft geplaatst, dan is het pleidooi voor wetswijziging des te meer gerechtvaardigd.

De inhoud van dit boek is kort weergegeven als volgt.

In hoofdstuk 1 wordt ingegaan op de verschillende betekenissen van de term beschikking, alsmede op de historische verankering van het moderne beschikkingsbegrip in de Nederlandse en buitenlandse rechtsleer. In het bijzonder wordt aandacht geschonken aan het rechtshandelingskarakter van de beschikking. Behandeling van aan de beschikking verwante begrippen als besluit en handeling is daarvoor noodzakelijk.

In hoofdstuk 2 wordt allereerst een wetshistorisch overzicht gegeven dat begint met de parlementaire geschiedenis van artikel 2 Wet Bab op welk artikel de Arob-wetgever immers in sterke mate voortbouwde.

Vervolgens komen alle elementen van de Arob-beschikking aan de orde waarvan er in dit hoofdstuk vier slechts kort worden aangeduid, omdat deze uitgebreide behandeling vinden in de hoofdstukken 3, 4 en 5, te weten de beschikking als besluit, als rechtshandeling, het publiekrechtelijke karakter van de beschikking en de afgrenzing ten op-

zichte van besluiten van algemene strekking.

De volgorde van deze drie hoofdstukken is voor een deel gebaseerd op de wettelijke definitie van beschikking. Daarin wordt de beschikking primair als rechtshandeling aangemerkt en vervolgens, in lid 2, als een bepaald type rechtshandeling. Vandaar dat hoofdstuk 3 handelt over de beschikking als rechtshandeling. In de volgorde van de hoofdstukken 4 en 5 is afgeweken van het wettelijke schema.

Anders dan artikel 2 Wet Arob suggereert, vormen de rechtshandeling naar publiekrecht en die naar privaatrecht geen tegenstelling; aan één handeling kunnen heel goed beide kwalificaties worden gegeven. Vanwege deze verwantschap is eerst het onderscheid beschikking — rechtshandeling naar burgerlijk recht behandeld. Geheel los van het voorgaande staat dat een besluit niet van algemene strekking mag zijn om voor de kwalificatie beschikking in aanmerking te komen. Het betreft hier niet slechts een onderscheid maar een tegenstelling. Dit neemt overigens niet weg dat de grens vaak moeilijk valt vast te stellen.

De hoofdstukken 3, 4 en 5 vormen, met het tweede gedeelte van hoofdstuk 2, de positiefrechtelijke kern. Getracht is daarin de Arob-jurisprudentie ordelijk weer te geven en waar nodig direct van commentaar te voorzien. Vanzelfsprekend is daarbij ook in discussie getreden met andere commentatoren.

In hoofdstuk 6 is een eigen uitgangspunt geformuleerd waaraan de jurisprudentie vervolgens is getoetst. Het resultaat van die toetsing heeft een belangrijke rol gespeeld in de beantwoording van de vraag, aan het einde van dit hoofdstuk, of wetwijziging ter zake van de beschikking als ontvankelijkheidsgrondslag voor Arob-procedures als gewenst moet worden beschouwd.

Nog enkele opmerkingen tot slot.

Veel literatuur is in de noten verkort aangehaald. De volledige vindplaatsen zijn opgenomen in de Lijst van verkort aangehaalde literatuur.

Het onderzoek is afgesloten op 1 juli 1986, precies tien jaar na de inwerkingtreding van de Wet Arob. Incidenteel zijn nog uitspraken verwerkt, die na deze datum zijn verschenen.



# 1 De beschikking (algemeen)

## 1.1 De term beschikking

### 1.1.1 *Taalkundig*

Het woord beschikking is al zeer oud. Het heeft verschillende betekenissen, het Woordenboek der Nederlandsche Taal<sup>6</sup> noemt er zes. De meest relevante voor dit onderwerp zijn:

- ordening, regeling;
- besluit waarbij iets geregeld wordt;
- uiting van iemands wil, besluit, en ook datgene wat besloten, bepaald wordt.

Voorts wordt o.a. vermeld:

- macht om over iets naar goedvinden te beschikken.

Bij 'beschikken' vinden we onder meer:

- iets ordenen, regelen; ook gezegd van God en het noodlot (De mens wikt, God beschikt, FM);
- iets regelen in antwoord op een verzoek: eene beschikking daarop nemen.

Deze laatste betekenis doet denken aan het juridische begrip beschikking vanwege de suggestie van concreetheid. Algemeen kan gezegd worden dat beschikking staat voor besluit, regeling. Geenszins ligt hierin een beperking tot besluiten voor concrete gevallen opgesloten zomin als enige andere voor het hier te onderzoeken beschikkingsbegrip relevante beperking.

### 1.1.2 *In de wet*

Het woord beschikking komt herhaaldelijk in de wetgeving voor, maar tot 1963 (Wet Bab) hetzij als synoniem voor besluit of regeling, hetzij als een bijzonder soort besluit, zonder dat daarmee het begrip

beschikking zoals we dat nu kennen wordt aangeduid. Zo wordt bijvoorbeeld in artikel 48 van de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk 1798<sup>7</sup> van beschikkingen gesproken: 'Het Vertegenwoordigend Lichaam regelt, binnen zes Maanden na Deszelfs eerste zitting, bij eene uitdrukkelijke Wet, het Armen-bestuur over de geheele Republiek. Deze Wet bepaalt de algemeene voorschriften en plaatselijke beschikkingen, hiertoe vereischt.' Ook de Grondwet van 1815 gebruikt het woord beschikking enkele malen in de zin van bepaling, regeling: boven de artikelen 90, 161 en 162 (Beschikkingen aan beide Kamers gemeen resp. Algemeene beschikkingen). In deze zin ook nog het KB 16.8.1824, Stb. 45 'houdende dat de Kerkbesturen en kerkelijke administraties geene beschikkingen kunnen nemen omtrent onderwerpen, waarvan de bezorging hen niet uitdrukkelijk bij de bestaande wetten, reglementen of verordeningen is opgedragen'.

Meer in de richting van het moderne beschikkingsbegrip gaat artikel 64 van het Reglement op het Bestuur ten Platten Lande in de Provincie Groningen (KB 23.7.1825, 132)<sup>8</sup> waarin het geven of weigeren van een vergunning als beschikking wordt beschouwd: 'Aan den burgemeester en assessoren is, in overeenstemming met de algemeene bepalingen, en de daarmede of met het algemeen belang niet strijdige plaatselijke verordeningen, die er zijn mogten, opgedragen het toestaan of weigeren van verzoeken tot oprigting van fabrieken, trafieken en andere inrigtingen van dien aard, in zoo verre die weigeringen of vergunningen tot de bemoeienis van het plaatselijk bestuur behooren. De burgemeester zorgt, dat er niet tegen die beschikkingen worde gehandeld.'

Hiermee is overigens niet méér beweerd dan dat de term beschikking óók voor vergunning werd gebruikt.

De Grondwet van 1840 spreekt o.a. van beschikkingen in artikel 76: 'Ten einde van deze medewerking te doen blijken, zullen alle Koninklijke besluiten en beschikkingen moeten voorzien zijn van de medeondertekening van het Hoofd van het Ministerieel Departement waartoe dezelve behooren.'

Met beschikkingen zouden hier bijzondere Koninklijke Besluiten als bekrachtiging en afkondiging van wetten bedoeld kunnen zijn.<sup>9</sup> J. van Driel legt er in haar dissertatie<sup>10</sup> de nadruk op dat het begrip beschikking hier ruim moet worden opgevat: 'Gelet op het streven de minister verantwoordelijk te stellen voor elk Koninklijk optreden, is er echter aanleiding te veronderstellen dat het woord beschikking, gezien naast de Koninklijke Besluiten in Grondwetsartikel 76 (1840), mede verstaan is in de zin van algemene regeling.'

De term beschikking in de gemeentewet van 1851, artikel 150, wordt door Van Vollenhoven<sup>11</sup> aangezien voor 'besluit van administratief karakter', terwijl voorschift zou staan voor een besluit van legislatief karakter. Uit de wetsgeschiedenis moet echter worden afgeleid dat ook beschikkingen ex artikel 150 gemeentewet (oud) een regelgevend karakter kunnen bezitten.<sup>12</sup>

Ook thans komt de term beschikking in verscheidene wetten voor in verschillende betekenissen. Naast de beschikking in de zin van artikel 2 Wet Arob, opvolger van artikel 2 Wet Bab, als aanduiding van besluiten voor concrete gevallen, wordt de term beschikking ook nu nog vaak gebruikt voor de aanduiding van een verordening<sup>13</sup> (ministeriële beschikkingen, bijvoorbeeld de Bloedproefbeschikking, Beschikking van 21.10.1974, Stcrt. 208), het betoog van J. van Driel tegen dit gebruik ten spijt.<sup>14</sup>

## 1.2 Het begrip beschikking

### 1.2.1 *Ontwikkeling van het beschikkingsbegrip in Nederland*

Vrijwel altijd wordt Van der Pot aangewezen als de vader van het moderne beschikkingsbegrip.<sup>15</sup> In zijn bijdrage *De vormen van het besturen in het Algemeen Deel van Nederlandsch Bestuursrecht* (1932) geeft hij de volgende omschrijving: 'De beschikking is dus de wilsverklaring van een bestuursorgaan voor een bijzonder geval, gericht op het scheppen van een nieuwe, het wijzigen of het opheffen van een bestaande rechtsverhouding.'<sup>16</sup>

Al vóór Van der Pot echter gaf G.A. van Poelje - in 1927 - een aanduiding van wat onder een beschikking zou moeten worden verstaan als bijzonder soort besluit: 'Indien men de beschikking van het besluit wil onderscheiden zal men moeten aannemen, dat aan de beschikking in tegenstelling met het besluit noodwendig een handeling, wensch of verlangen van hen, voor wie zij wordt genomen, ten grondslag liggen moet. Daartegenover kan van een vergunning slechts worden gesproken, wanneer aan een besluit dat dezen naam draagt, een daarop gericht verzoek van belanghebbenden is vooraf gegaan.'<sup>17</sup>

Een vergunning is dus een beschikking op verzoek. Een beschikking is kennelijk ook bij Van Poelje al een besluit voor één of enkele personen waar hij spreekt van een handeling, wens of verlangen van hen



voor wie zij wordt genomen. De beschikking wordt overigens door hem behandeld onder het hoofdstuk 'Het Besluit'. Met besluit in dit hoofdstuk duidt hij een wilsuiting van het administratief orgaan aan<sup>18</sup> en 'wilsuiting van het tot uitvoering van het administratiefrechtelijke norm geroepen openbare organen . . .'.<sup>19</sup> Hiermee hebben we alles bijeen genomen een beschikkingsbegrip, dat nauwelijks afwijkt van dat van Van der Pot.

De Bijlage bij het Verslag van de VAR-vergadering 1953 over het ABAR-rapport geeft tien definities van beschikking<sup>20</sup>, aan welk getal men er nog vele uit de diverse (nieuwe drukken van) handboeken over bestuursrecht zou kunnen toevoegen.<sup>21</sup>

Het supplement 1976 bij de vierde druk van het ABAR-rapport (1973)<sup>22</sup> geeft de volgende kenmerken van het beschikkingsbegrip in de literatuur:

- a een naar buiten gerichte wilsverklaring;
- b gegeven krachtens een in enig staats- of administratiefrechtelijk voorschrift vervatte bevoegdheid of verplichting;
- c eenzijdig;
- d met uitzondering van besluiten van algemene strekking;
- e gericht op de vaststelling, de wijziging of de opheffing van een bestaande rechtsverhouding of het scheppen van een nieuwe rechtsverhouding dan wel inhoudende de weigering tot zodanig vaststellen, wijzigen, opheffen of scheppen;
- f afkomstig van een administratief orgaan.

Het element 'schriftelijk' wordt niet als wezenlijk gezien. Vorengenoemde elementen, die in vrijwel<sup>23</sup> alle definities zijn terug te vinden vormen ook het Arob-beschikkingsbegrip, zij het dat daar de schriftelijkheids-eis is toegevoegd, terwijl de eenzijdigheid en het naar buiten gericht zijn niet langer in de definitie voorkomen.

### 1.2.2 *De wortels van het beschikkingsbegrip in Duitsland en Frankrijk*

Al vóór Van der Pot was in het buitenland een 'beschikkingsbegrip' tot ontwikkeling gekomen waarop hij in 1932 kon voortbouwen.<sup>24</sup> Een veel gebruikte Duitse term die globaal overeenkomt met wat wij thans beschikking noemen is Verwaltungsakt. Maurer wijst er op dat dit begrip al heel oud is: 'Der Verwaltungsakt ist eine Schöpfung der Verwaltungsrechtslehre des 19. Jahrhunderts. Otto Mayer gab ihm

seine auch heute noch im wesentlichen massgebende Gestalt, indem er ihn als "ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Unterthanen gegenüber im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll" definierte (Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1. Aufl. 1895, S. 95). Wissenschaft und Praxis schlossen sich überwiegend dieser Begriffsbestimmung an.<sup>25</sup>

Fleiner<sup>26</sup> onderscheide naast Verwaltungsakt in ruime zin (elke bestuurshandeling) en in enge zin (rechtshandelingen waaronder ook uitspraken in administratief beroep en 'Beurkundungen') als bijzonder soort Verwaltungsakte de 'Verfügungen rechtsgeschäftlicher Natur, d.h. die Verfügungen, die auf Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines öffentlichen Rechtsverhältnisses zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Untertan abzielen'.

Hiermee is een toespitsing op ons beschikkingsbegrip gegeven.

Walter Jellinek omschrijft de Verwaltungsakt als 'jede hoheitliche Willensäußerung für den Einzelfall innerhalb der Verwaltung.'<sup>27</sup> Hij geeft ook een uitvoerig overzicht van de soorten Verwaltungsakte die kunnen worden onderscheiden. Een aparte plaats ruimt hij daarbij in voor de 'Verwaltungsakte tatsächlicher Art', die slechts doordat ze impliciet een duldingsplicht opleggen administratiefrechtelijk kunnen worden aangevochten.

Ongeveer te zelfder tijd vinden we bij Jèze een omschrijving van het meer algemene begrip rechtshandeling dat echter veel aanknopingspunten biedt voor het bij ons ontwikkelde beschikkingsbegrip: 'Les actes juridiques sont les manifestations de volonté d'individus - gouvernants, agents publics, simples particuliers - en exercice d'un pouvoir légal et en vue de produire un effet de droit. Cet effet de droit est soit de créer une situation juridique, soit d'investir un individu d'une situation juridique déjà créée, soit de constater une situation juridique préexistante.'<sup>28</sup>

Hauriou tenslotte geeft een definitie van het begrip décision exécutoire, dat, mits beperkt tot beslissingen voor concrete gevallen, vergelijkbaar is met ons beschikkingsbegrip: 'c'est toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit, vis-à-vis des administrés, émise par une autorité administrative (comprise dans la hiérarchie ou dans la tutelle administrative) dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office'.<sup>29</sup>

In deze paragraaf is slechts een summiere toelichting gegeven op de stelling dat Van der Pots definitie niet uit de lucht kwam vallen. Een

uitvoerige beschrijving van de geschiedenis van het begrip dat bij ons sinds 1932 zo vertrouwd is geworden vergt een zelfstandige, diepgaande studie.

### 1.2.3 *Met het beschikkingsbegrip vergelijkbare begrippen in Frankrijk, Duitsland en België*

In het Frans luidt de best vergelijkbare term vermoedelijk *décision exécutoire non réglementaire*.

Naast de definitie die Hauriou geeft (zie § 1.2.2) van *décision exécutoire* kennen we die van Vedel: 'un acte juridique émis unilatéralement par l'Administration en vue de modifier l'ordonnancement juridique par les obligations qu'il impose ou par les droits qu'il confère'.<sup>30</sup> Alleen die *décisions exécutoires* echter die *non réglementaires* zijn, zijn met ons beschikkingsbegrip te vergelijken. 'Les actes non réglementaires sont des décisions individuelles (concernant une seule personne) ou collectives (concernant plusieurs personnes individuellement désignées)'.<sup>31</sup> Ook Debbasch gebruikt dit begrip waarbij hij 'les actes réglementaires' onderscheidt van 'les actes individuels', actes 'qui concernant des personnes déterminées'.<sup>32</sup>

Naast *décision exécutoire* bestaat het meer omvattende begrip 'acte administratif unilatéral'<sup>33</sup>, waaronder ook feitelijke handelingen en besluiten van algemene strekking vallen. Waline echter kent dit begrip een engere betekenis toe dat dicht in de buurt komt van wat door anderen met *décision exécutoire* wordt aangeduid.<sup>34</sup>

In het Duits komen we verschillende vergelijkbare termen tegen, naast 'Verwaltungsakt' ook 'Verfügung' en 'Entscheidung'.

Merk<sup>35</sup> spreekt van 'einseitiges Verwaltungsrechtsgeschäft'. Forsthoff<sup>36</sup> gebruikt de term Verwaltungsakte waartoe hij rekent 'alle einseitigen, hoheitlichen Akte der Verwaltungsbehörden, von welchen eine unmittelbare rechtliche Wirkung ausgeht, mit Ausnahme der Rechtsetzung und der Rechtsprechung'. Het Verwaltungsverfahrensgesetz (van 25.5.1976), Bundesgesetzblatt I, p. 1253, geeft als definitie van Verwaltungsakt (in § 35): 'Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Massnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach aussen gerichtet ist'.<sup>37</sup>

De Duitse tekst van artikel 189 EEG-verdrag tenslotte kent de term Entscheidung waar de Nederlandse tekst beschikking bezigt.

Het Belgische Franstalige handboek van Buttgenbach gebruikt de term *décision exécutoire*, welke staat voor 'tout acte juridique qui, émanant d'un agent de l'administration qualifié et agissant en tout que tel, est susceptible de produire, par lui-même et unilatéralement des effets de droit et est exécutoire sans intervention de l'autorité judiciaire'.<sup>38</sup>

Het Nederlandstalige handboek van Mast bezigt de term eenzijdige administratieve rechtshandeling welke handeling '- met gebruikmaking van de bevoegdheid welke de administratie bezit - een rechtstoestand in het leven roept, wijzigt of opheft en aldus gezagshalve, d.i. zonder dat de instemming van de betrokkene vereist is, rechten toekent en verplichtingen oplegt'.<sup>39</sup> Mast wijst er op dat ook wel de term uitvoerbare beslissing wordt gebruikt.<sup>40</sup> Een variant daarop vinden we bij Vander Stichele, die spreekt van *executoire bestuurlijke beslissing*.<sup>41</sup>

Artikel 14, lid 1 van de Belgische Gecoördineerde wetten op de Raad van State, Staatsblad 21.3.1973, tenslotte stelt beroep open tegen 'administratieve beslissingen in betwiste zaken' respectievelijk '*décisions contentieuses administratives*'.

### 1.3 De beschikking als rechtshandeling

#### 1.3.1 *Inleiding*

Men moet onderscheid maken tussen het beschikkingsbegrip zoals dat in de Wet Arob is gedefinieerd en het beschikkingsbegrip zoals dat in de doctrine heeft vorm gekregen. Beide begrippen hebben echter gemeen dat het om een rechtshandeling gaat. Dit is tevens de meest algemene karakteristiek van de beschikking. Niet elke rechtshandeling is een beschikking, maar wil er van een beschikking sprake zijn dan moet er altijd een rechtshandeling zijn. Artikel 2 Wet Arob definieert de beschikking ook als rechtshandeling, zij het dat bepaalde categorieën vervolgens worden uitgezonderd.

Twee vragen zijn nu van het grootste belang: wat is een rechtshandeling en waarom heeft de wetgever het Arob-beroep tot (bepaalde) rechtshandelingen beperkt?

Aan de tweede vraag zal in hoofdstuk 2 uitvoeriger aandacht worden besteed, maar wel kan reeds worden opgemerkt, dat er een groot praktisch verschil is tussen rechtshandelingen en andere handelingen, zogenaamde feitelijke handelingen, met betrekking tot de aantast-

baarheid: rechtshandelingen kunnen door de administratieve rechter en bepaalde bestuursorganen worden vernietigd, feitelijke handelingen niet. Men kan weliswaar spreken van de vernietiging van feitelijke handelingen maar aan een dergelijke vernietiging komt niet dezelfde betekenis toe als aan de vernietiging van een rechtshandeling, het betreft slechts het aanmerken van zodanige handelingen als onrechtmatig. Vernietiging betekent in dit verband immers het ontnemen van het rechtskarakter, hetgeen ten aanzien van louter feitelijke handelingen nu eenmaal niet mogelijk is. Rechterlijke 'actie' tegen feitelijke handelingen zal doorgaans het toewijzen van een schadevergoeding inhouden. Eerst echter de vraag: wat is een rechtshandeling? Een rechtshandeling is in ieder geval een handeling die voor het recht relevant is, maar daarenboven op een speciale wijze rechtsgevolgen genereert: de handeling is op dat rechtsgevolg gericht. Naast rechtshandelingen zijn er andere handelingen, niet gericht op rechtsgevolg, vaak feitelijke handelingen genoemd, die voor het recht relevant kunnen zijn, maar dit niet hoeven te zijn. In beide gevallen is er hoe dan ook sprake van handelingen.

Alvorens nader op de term rechtshandeling in te gaan en een meer precieze aanduiding te geven moet worden onderzocht wat eigenlijk onder een handeling moet worden verstaan. Omdat de Arob-rechtshandeling als besluit is gedefinieerd is het tevens nodig de verhouding tussen de begrippen besluit en handeling te onderzoeken. Het nut dat aan elke bezinning op gehanteerde begrippen eigen is (voldoen ze nog wel, zijn er geen betere), doet zich hier in het bijzonder voor omdat het begrip rechtshandeling in de klassieke zin juist zo moeilijk hanteerbaar is in het bestuursrecht (hetgeen de Arob-jurisprudentie bevestigt). Er is dus een concreet aanknopingspunt. Hoe staat het bijvoorbeeld met de 'wil' van een ambt? Wanneer is een (rechts)handeling nu op een gevolg gericht en wanneer heeft het dat gevolg slechts zonder meer? In het volgende zal ook blijken dat het verband tussen motief, wil en handeling in het bestuursrecht op bijzondere wijze gestalte krijgt.

### 1.3.2 *De handeling*

De handeling kan worden onderscheiden van gedrag, de wil tot handelen en het motief voor het handelen.

De wil is te beschouwen als een zuiver psychisch verschijnsel, als mentale toestand en is als zodanig niet waarneembaar. Zij is voor het begrijpen van handelingen niettemin van groot belang. Men zou haar

het innerlijk van de handeling kunnen noemen. Gedrag daarentegen is het uiterlijk waarneembare van de handeling en niet meer dan dat: het is de ongeduide handeling. Gedrag zou men het uiterlijk van de handeling kunnen noemen.

Juist vanwege de omstreden rol van de wil in het rechtshandeling-begrip (zie § 1.3.3) is het van groot belang hier in te gaan op de verhouding wil - handeling - gedrag, maar vooral op die tussen wil en handeling. Wil zou men kunnen opvatten als de geestelijke gesteldheid die erop gericht is een bepaald doel te bereiken. Men kan daarvoor overigens verschillende motieven hebben, maar deze dienen van de wil op zich te worden onderscheiden. Dat doel kan allerlei zijn, materieel en immaterieel. Als X te verstaan wordt gegeven dat hij 'niets te willen heeft' wordt in feite bedoeld, dat X weliswaar iets kan willen, maar dat die wil niet zal kunnen leiden tot andere handelingen dan die X zijn toebedacht door Y die voor hem heeft gekozen. Voor die keuze heeft Y ook een wil gevormd, maar waar X in de wilsvorming bleef steken kon Y zijn wil ook effectueren. We krijgen dan het volgende conceptuele schema:

#### motieven - wil - keuze - gedrag/handeling

De keuze is in feite al gedrag zullen sommigen menen - en spreken dan ook over keuze-gedrag. Er is toch een goede reden om de keuze apart te noemen in vorenstaand schema. Met keuze is immers niet de uiting ervan bedoeld, het uiterlijk waarneembare (zoals bijvoorbeeld bij een publieke stemming) maar datgene, dat zich in het innerlijke afspeelt, namelijk het nemen van een beslissing.

Het doen van een keuze is in wezen het nemen van een beslissing omtrent alternatieven. Onder gedrag versta ik in deze context louter het waarneembare doen en laten van mensen.

Nu kan worden gesteld dat waarneming nooit geschiedt zonder enige betekenisverlening. Wanneer iemand zich niet bewust is van zijn waarneming, kan men nauwelijks van waarnemen spreken. Wanneer iemand niet weet wat hij waarneemt kan hij toch altijd wel bepaalde aspecten (bijvoorbeeld fysieke) van het waargenomene aangeven, zonder overigens tot begrip of duiding van het waargenomene te hoeven komen. Als dit laatste wel geschiedt interpreteert de waarnemer het waargenomene, wanneer dit menselijk gedrag is, als handeling.

Handelingen nu zijn die menselijke gedragingen die een bepaalde betekenis hebben, waaraan althans een bepaalde betekenis wordt toegekend. Glastra van Loon spreekt in dit verband van betekenisbepaaldheid.<sup>42</sup>

Hoe weten we nu welke betekenis een bepaalde handeling heeft? Daarvoor moet eerst de volgende vraag worden beantwoord. Hebben handelingen vaststaande betekenissen die slechts gekend hoeven te worden of krijgen handelingen betekenis doordat iemand er betekenis aan toekent? Ik moge voor deze vraag verwijzen naar het diepgravende betoog van Glastra van Loon in diens proefschrift *Norm en handeling*. Hij komt uit op de gedachte - dat noch de subjectieve opvatting - iets heeft de betekenis die ik eraan verleen - noch de objectieve opvatting - iets heeft al betekenis voordat ik het ken, ik moet de betekenis ervan ontdekken - juist zijn. Ze zijn althans onvruchtbaar voor het onderzoek naar het menselijk handelen.

Er is een wisselwerking tussen de betekenisverlenende mens en zijn omgeving, waarvan hij deel uitmaakt, maar die hij ook kan beschouwen als object. Hierbij bouwt Glastra voort op de ideeën van Helmuth Plessner.

Dit uitgangspunt in het oog houdend kan het volgende worden gesteld. De betekenis die aan bepaald gedrag toekomt wordt uiteindelijk verleend door het waarnemende individu, maar die verlening is ingebed in een het individu beheersende veelheid van sociale stelsels, rollen, waardenpatronen enz. en wordt daardoor sterk bepaald. Dit bevordert uiteraard de mogelijkheid van communicatie sterk. Binnen een sociaal (sub)systeem wordt door degenen die daarvan deel uitmaken (ongeveer) dezelfde sociale taal gesproken. Men kan ook afspraken maken over betekenissen en daar in het onderling verkeer aan vasthouden, ook al zou een individu op een bepaald moment in een bepaalde situatie daar een andere betekenis aan willen geven. Zo valt ook het recht te kwalificeren als een geheel van afspraken over betekenissen. Men kan daar nog veel aan toevoegen, maar dat doet aan deze kwalificatie niets af. De mens verleent zijn betekenissen als sociaal wezen, beïnvloed door formele en informele betekenisverlenende systemen. Daarbij is van belang te bedenken dat zowel de waarnemer van een gedraging als de actor tot bepaalde sociale categorieën (groepen, klassen) behoren en daarin respectievelijk daardoor een bepaalde status hebben en in door allerlei overige factoren bepaalde situaties waarnemen respectievelijk handelen. De betekenisverlening is met andere woorden een sociaal gebeuren.

In de (sociale) psychologie onderzoekt men de vraag in hoeverre het actuele gedrag van X voor waarnemer Y verwijst naar een achterliggende intentie waaraan Y dan het gedrag van X kan toeschrijven. De zogenaamde attributietheorie mag zich in een bijzonder grote be-



langstelling verheugen.<sup>43</sup> De wil, de intentie is dus in zoverre van belang, dat bij het actuele gedrag intenties worden verondersteld die het gedrag tot betekenisvol gedrag, tot handeling maken. De toeschrijvingen (veronderstellingen) door de waarnemer vinden echter plaats in een sociale situatie en zijn daardoor als het ware aan interpretatieregels gebonden. Dit zijn de normen en waarden van het systeem (de systemen) waarvan het betekenisverlenende individu deel uitmaakt.

Ten onzent heeft Van den Beld zich beziggehouden met de menselijke handeling. Van den Beld<sup>44</sup> betoogt, kort samengevat, het volgende. Een handeling is een onder de controle van een actor staande interventie in de loop der natuur, c.q. wereld.<sup>45</sup> Hiermee valt een door een actor gecontroleerde onthouding gelijk te stellen. Gedrag daarentegen is louter bewegen, zonder het controle-element.

Wat is nu volgens hem de betekenis van een handeling, hoe althans valt deze betekenis te bepalen? Daarvoor is het dienstig een onderscheid te maken tussen handeling, oorzaak en verantwoordelijkheid. Stel X werpt in een droog bos een brandende sigarettepeuk weg. Het bos raakt in brand. Welke handeling(en) heeft X nu verricht? Hij heeft een sigarettepeuk weggegooid: dit is niet louter bewegen, maar een doelgerichte actie om zich van het brandende voorwerp te ontdoen. Daarbij is gekozen uit enkele alternatieven: X had de sigaret ook eerst kunnen uitmaken, of zelfs kunnen wachten tot hij vuur had gevoeld en het overblijfsel reflexmatig van zich af had gegooid. Hij heeft echter ook de brand veroorzaakt. Als we dit zeggen wordt zijn primaire handeling herbeschreven vanuit het gevolg van die handeling.<sup>46</sup> Of X deze handeling wilde - zodat gezegd kan worden dat hij de brand heeft aangestoken - en of hem de gevolgen kunnen worden toegerekend zijn andere vragen.<sup>47</sup> Daarvoor moet worden achterhaald of X eenvoudig zijn vingers niet wilde branden of dat hij brand wilde stichten. Het is voor het geven van een betekenis aan een handeling vaak belangrijk te weten wat actors intentie was.

Van den Beld onderscheidt in de klasse der vrijwillige handelingen de intentionele handelingen. Is een handeling gericht op hetgeen zij tot stand brengt, dan is er sprake van een intentionele handeling. Een handeling kan echter ook niet-bedoelde effecten hebben die al dan niet zijn voorzien. De actor is voor het begrip van zijn handeling van belang, omdat hij wellicht kan aangeven wat hij eventueel beoogde. Hij is, aldus Van den Beld, de eerste tot verklaring competente persoon.<sup>48</sup> Of iemand zijn hand opsteekt om een ander te groeten dan wel een taxi aan te houden zal het beste door die persoon zelf kunnen

worden verklaard; bij het wegwerpen van een brandende sigaret wordt het al moeilijker: kunnen we afgaan op wat de actor daaromtrent verklaart?

Dit heeft alles te maken met het niet waarneembaar zijn van wil en motief. Wanneer de verklaringen van een actor niet meer te achterhalen zijn of onbetrouwbaar zijn moet uit de situatie waarin hij handelt de betekenis van de handeling duidelijk worden.<sup>49</sup>

Dit primaat van de verklaring van de actor voor de betekenis van een handeling vinden we niet in de 'contextuele theorie'.<sup>50</sup> Daarin wordt juist het plaatsen van de handeling in een bepaalde context beslissend geacht voor de betekenis ervan. Dit geschiedt met behulp van interpretatieregels. 'Handelingen worden door regels en normen geconstitueerd'.<sup>51</sup> Van den Beld heeft veel waardering voor deze theorie, maar bezwaren tegen een betekenisverlening volledig vanuit de context zijn er wel: zo kan een loutere lichaamsbeweging een overspannen betekenis krijgen. Ook kan aan een handeling een zekere 'meerwaarde'<sup>52</sup> toekomen die niet objectief kenbaar is: het uitsteken van de rechterhand in het verkeer kan naast het afslaan naar rechts ook verwijzen naar het breken van een afspraak, wanneer is afgesproken dat de actor rechtdoor zou rijden.

Hier moet wel worden onderscheiden de handeling zelf, de wil tot de handeling en het motief voor de handeling. Wanneer iemand in vol bewustzijn zijn hand verheft en er niet van een reflex sprake is wil hij de handeling. Waarom hij dat wil is het motief voor de handeling. De betekenis van de handeling wordt primair bepaald door het interpretatiesysteem van de waarnemer. Kennis van wil en motief zal de betekenis van de handeling echter mede kunnen bepalen.

Ofschoon de betekenis van dit exposé eerst volledig duidelijk kan worden bij de behandeling van die jurisprudentie waarin het begrip rechtshandeling centraal staat, het gericht zijn op rechtsgevolg expliciet aan de orde is, is het goed nu reeds in het kort de band met het bestuursrecht aan te geven.

Anders dan in het dagelijks leven kan de wil in het bestuursrecht nauwelijks een rol spelen: dat vereist de rechtszekerheid. De justitiabelen moeten op het waarneembare gedrag van de overheid kunnen afgaan. De betekenis van het overheidshandelen wordt bepaald door regels van geschreven en ongeschreven objectief recht (interpretatieregels) en daarmee is ook het belang van de contextuele theorie voor het bestuursrecht gegeven. Wanneer vanwege een ambt aan een burger een toezegging wordt gedaan, althans iets dat in het maatschappelijk ver-

keer, gelet ook op de relatie ambt-burger, als zodanig mag worden begrepen, dan is niet relevant dat het ambt eigenlijk iets anders, bijvoorbeeld het verschaffen van informatie, wilde.

In het bestuursrecht staat derhalve de strekking van een handeling centraal. Ook wanneer bijvoorbeeld met een waarschuwing voorafgaande aan bestuursdwang slechts beoogd zou worden een laatste poging te doen de overtreder tot optreden te stimuleren, zonder dat het ambt maar één moment overweegt zelf de norminbreuk te herstellen, dan wordt zo'n waarschuwing toch als aankondiging van naderend optreden, overeenkomstig het in de waarschuwing weergegeven rechtsoordeel, beschouwd. Wanneer de waarschuwing rehtens on-aantastbaar is en zich geen nieuwe feiten of omstandigheden hebben voorgedaan, moet zelfs worden opgetreden. Of men dit rechtsgevolg wil doet er niet toe. Ook het motief voor het doen van de waarschuwing is in dit opzicht niet van belang. (Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 3).

Het motief voor een rechtshandeling is alleen relevant voor zover het iets bijdraagt tot de kennis van de strekking van die handeling. Een voorbeeld: een voorbereidingsbesluit voor een bepaald perceel dat wordt genomen met als concreet doel het kunnen verstrekken van een bouwvergunning. In het algemeen is de strekking van een voorbereidingsbesluit ingevolge artikel 21 Wet op de Ruimtelijke Ordening het voorkómen van ontwikkelingen die de verwezenlijking van een nieuwe planologische conceptie bij voorbaat zouden doorkruisen. In een geval als hiervoor bedoeld is er echter een specifieke doelstelling. Men kan ook zeggen: het motief om het voorbereidingsbesluit te nemen is het kunnen verlenen van een bouwvergunning aan X. De rechter heeft vervolgens het bestaan van dit motief verwerkt in de strekking van dit soort voorbereidingsbesluiten, zij hebben daardoor een specifieke betekenis gekregen - en worden mede om die reden als beschikking beschouwd.

### 1.3.3 *De rechtshandeling*

Het begrip rechtshandeling, als species van het genus handeling, is al zeer oud. Ook in het romeinse recht komen we de rechtshandeling tegen.<sup>53</sup> Zonder zo ver te willen teruggaan is het voor een goed begrip van de rechtshandeling dienstig om eerst wat te 'proeven' van de in het privaatrecht tot ontwikkeling gekomen dogmatiek over dit begrip, alvorens ons tot de beschikking te beperken.

Van groot belang is daarbij het onderscheid tussen rechtshandeling

en gedrag met rechtsgevolg. Dit laatste is een voor het recht relevant gebeuren, een rechtsfeit, maar het belangrijke verschil met de rechtshandeling is dat het gevolg niet uit de strekking van het gedrag kan worden begrepen: het gedrag is er niet op gericht dit rechtsgevolg tot stand te brengen.

#### 1.3.3.1 *De privaatrechtelijke rechtshandeling; wilsleer en vertrouwensleer*

Het begrip rechtshandeling wordt in het privaatrecht onderscheiden van andere handelingen die rechtsgevolgen hebben. Dit onderscheid hangt samen met de wil van de handelende persoon. Bij de rechtshandeling ontstaan rechtsgevolgen doordat deze zijn gewild, althans worden geacht te zijn gewild.<sup>54</sup> De wet regelt weliswaar globaal welke gevolgen bijvoorbeeld aan het sluiten van een overeenkomst zijn verbonden, maar de wil van partijen bepaalt in principe of er een overeenkomst tot stand komt en welke inhoud deze heeft. Ook al wordt dit principe door de vertrouwensleer gecorrigeerd, de wil blijft toch het uitgangspunt.

Op dit punt aangeland is het nodig in te gaan op het vooral in het privaatrecht tot ontwikkeling gekomen onderscheid tussen wilsleer en vertrouwensleer.

Volgens Asser/Rutten<sup>55</sup> is de rechtshandeling de 'handeling die een uiting is van de wil van de handelende persoon, gericht op het doen ontstaan van een rechtsgevolg' ofwel 'een handeling waaraan het recht een rechtsgevolg verbindt, welks ontstaan door de handelende persoon beoogd was'.

Rechtshandelingen behoren tot de ruimere categorie van rechtsfeiten: 'die feiten waaraan enig rechtsgevolg is verbonden'. Het rechtsgevolg van een rechtshandeling is dus beoogd in tegenstelling tot het rechtsgevolg van bijvoorbeeld een onrechtmatige daad, welke daad wel rechtsgevolg heeft (schadeplicht) maar geen door de handelende persoon beoogd rechtsgevolg. Deze omschrijving van de rechtshandeling is, zoals vele andere, een uitdrukking van de gedachte dat de wil van de handelende persoon een belangrijke rol speelt bij het totstandbrengen van rechtsgevolgen.

De zogenaamde wilsleer bleek in het rechtsverkeer niet goed hanteerbaar om voor de hand liggende redenen van onduidelijkheid en onbetrouwbaarheid. De heersende, ook door Asser/Rutten aangehangen, leer is de vertrouwensleer, waarbij het vertrouwen dat met een uiting is gewekt, wordt gehonoreerd, ook al is de wil niet op die uitleg van

de uiting gericht geweest, mits de uiting redelijkerwijs als uiting van de wil mocht worden opgevat.

Meijers<sup>56</sup> meent, dat het niet aangaat te stellen, dat de wil geen oorzaak van het rechtsgevolg zou zijn, alleen omdat de niet geopenbaarde wil geen rechtsgevolg heeft. Dat de rechter tot het bestaan van een wil, van 'gedachten en voorstellingen' slechts kan besluiten op grond van uiterlijke omstandigheden, maakt deze omstandigheden nog niet tot de rechtsfeiten die het rechtsgevolg in het leven roepen, integendeel, het zijn slechts 'bewijsgronden voor het eigenlijke rechtsfeit, de wil of de voorstelling'. Niettemin is de verklaring van de wil nodig om het rechtsgevolg te doen ontstaan. Soms gaat de verklaring vóór de wil: wanneer het vertrouwen dat met de verklaring is gewekt gehonoreerd dient te worden met het oog op het (kunnen) functioneren van het rechtsverkeer. Heeft men de wil dan niet meer nodig? Wel degelijk, zegt Meijers, want 'waarom moet, wil het rechtsgevolg intreden, het vertrouwen zijn opgewekt tot iets wat, naar men leert, voor dat rechtsgevolg irrelevant is, namelijk de wil der partijen om dat gevolg te bewerkstelligen?'.<sup>57</sup>

Het vertrouwen dat met de verklaring is opgewekt is ook daarom al niet voldoende, omdat soms rechtsgevolgen intreden, waarvan men niet kon en hoefde te vertrouwen dat ze zouden intreden. Meijers geeft o.a. het volgende voorbeeld: 'Wanneer de schuldenaar aan iemand betaalt, die hij, op grond der hem bekende feiten, niet voor de schuldeiser mocht houden, maar die desniettemin inderdaad de schuldeiser is, is de schuldenaar gekweten'.<sup>58</sup> De wil kan het niet zonder verklaring, de verklaring niet zonder wil: 'wil en verklaring zijn beide een bestanddeel van de rechtshandeling'.<sup>59</sup>

Meijers' betoog maakt hoe dan ook duidelijk, dat noch de wilsleer, noch de vertrouwensleer een bevredigend antwoord geven op de vraag naar de oorzaak van de rechtsgevolgen van een rechtshandeling. Verder komen we bij Meijers overigens niet.

Van Dunné<sup>60</sup> heeft geprobeerd het dilemma te doorbreken met zijn toerekeningsleer. Deze leer houdt kort gezegd in, dat die rechtsgevolgen de handelende persoon moeten worden toegerekend, die op grond van de voor het concrete geval geldende rechtsnorm(en) kunnen worden vastgesteld. Probleem daarbij is het bepalen van de voor het concrete geval geldende rechtsnorm(en). Nieuwenhuis maakt bezwaar tegen de term die Van Dunné voor zijn methode gebruikt, normatieve uitleg van rechtshandelingen. Volgens Nieuwenhuis<sup>61</sup> is uitleg van

rechtshandelingen altijd normatief, maar is de centrale vraag welke de inhoud is van de rechtsnormen die de uitleg van de rechtshandeling beheersen. En op die centrale vraag geeft ook Van Dunné geen antwoord, wat Nieuwenhuis er weer toe brengt te stellen dat Van Dunné's toerekeningsleer ophoudt waar het interessant wordt.<sup>62</sup> Zelf zoekt Nieuwenhuis de bepaling van die normen voor het contractenrecht in drie beginselen: autonomie-, vertrouwens- en causabeginsel, op welke beginselen ik in dit bestek niet inga.

### 1.3.3.2 *De publiekrechtelijke rechtshandeling; de zin van de handeling*

Kan men nu in het publiekrecht een wilsbegrip à la Meijers gebruiken? Ik meen van niet. Men kan wel stellen dat B & W met het verlenen van een kampeervergunning willen dat de begunstigde mag kamperen, maar als zulks al het geval zou zijn, deze wil is voor het recht niet relevant, want de correcte in overeenstemming met de wet verleende vergunning geeft het daaraan verbonden recht ook wanneer B & W dit recht niet zouden willen zien ontstaan. Het gaat om de strekking, de betekenis van de handeling. Wie zegt dat het gaat om wat B & W worden geacht te hebben gewild, doelt wellicht ook op de strekking van het besluit, maar gebruikt een verwarrende terminologie. Böthlingk beschouwt de administratieve rechtshandeling wel als wilsverklaring<sup>63</sup>, maar gezien zijn opvatting over de betekenis van de wil<sup>64</sup> stemt mijn betoog globaal met het zijne overeen: voor de vraag of een handeling een rechtshandeling is is in wezen bepalend wat de strekking van de handeling is.

Böthlingks stellingname tegen Donner die het wilsbegrip in het publiekrecht niet goed bruikbaar acht heeft dan ook in zoverre iets onwezenlijks, dat hij tracht aan te tonen dat beschikkingen wilsverklaringen zijn, nadat hij tevoren heeft uitgemaakt dat niet de wil in het rechtsverkeer relevant is, maar de veronderstelde wil, afgeleid uit de verklaring, waaraan een bepaalde maatschappelijke betekenis toekomt. Deze afgeleide wil is een constructie<sup>65</sup> die weinig met de normale 'psychische' wil van doen heeft; het gaat tenslotte om de verklaring, de uiting.

Forsthoff meent - stilliger dan Donner - dat de wil in het publiekrecht geen rol kan spelen.<sup>66</sup> Men kan het woord wil gebruiken om het intentionele karakter van de handeling te benadrukken, als men er dan maar geen 'realpsychische Vorstellungen' aan verbindt. De Verwal-

tungsakt 'ist eine einseitige Emanation der hoheitlichen Gewalt und nichts mehr'. In het privaatrecht kan men zichzelf door wilsuitingen binden, in het publiekrecht bindt de overheid met haar beschikkingen doorgaans de burger en zichzelf. Het gaat niet om de wil van de handelende ambtenaar of van het ambt, maar om eenzijdige handelingen die al dan niet in overeenstemming met de objectieve rechtsorde zijn.<sup>67</sup> Forsthoff tenslotte: 'der Verwaltungsakt ist nicht aus der psychischen Situation des ihn erlassenden Beamten, sondern ausschliesslich im Rahmen der Objektiven Sinnbezüge des Verwaltungshandeln zu beurteilen'.<sup>68</sup>

Vegting<sup>69</sup> omschrijft de beschikking als: 'de van een overheidsorgaan uitgaande eenzijdige rechtshandeling, welke beoogt voor een concreet (ten aanzien van subject of object) bepaald geval door administratief recht beheerste rechtsgevolgen in het leven te roepen'. Beogen kan mijns inziens alleen een levend wezen. De enige betekenis die het woord 'beoogt' in deze context kan hebben is 'ertoe strekt'. In die zin kan ik dan ook met Vegting instemmen.

In de uitgave 1953 van Nederlands Bestuursrecht<sup>70</sup> rekent Donner onder beschikking bestuurshandelingen die een directe rechtswerking hebben, waaronder ook rechtsfeiten zijnde geen rechtshandelingen zijn te verstaan. Een dergelijke omschrijving vinden we ook bij Forsthoff: '... Akten . . . , von denen unmittelbar eine rechtliche Wirkung ausgeht'.<sup>71</sup> De rechtsgevolgen hoeven niet te zijn beoogd, als ze maar onmiddellijk door de handeling worden teweeggebracht.

In latere drukken lijkt Donner de beschikking expliciet tot rechtshandelingen te beperken door het *woord* rechtshandeling in de omschrijving op te nemen. Het *begrip* rechtshandeling blijft bij Donner toch wat vaags hebben bijvoorbeeld doordat hij enerzijds spreekt over handelingen met (directe) rechtsgevolgen, die onmiddellijk *uit de handeling* moeten voortvloeien, maar anderzijds het aanbrengen van een straatnaambordje of het doen van huiszoeking als rechtshandeling kwalificeert, louter omdat zij een duldingsplicht met zich meebrengen.

Men kan zich terecht afvragen of het rechtsgevolg van een door de wet gevorderd besluit nu uit de wet of uit de strekking van de handeling voortvloeit. Welnu, het één en het ander is mogelijk. Van elke handeling afzonderlijk zal men zich moeten afvragen welk van de twee gevallen zich voordoet. In het algemeen echter kan worden gesteld, dat beschikkingen de strekking hebben een recht te scheppen, terwijl door de wet geëiste besluiten die louter voorwaarde zijn voor

het ontstaan van rechtsgevolgen deze rechtsgevolgen niet door hun strekking doen ontstaan, maar besluiten zijn waaraan rechtsgevolgen door de wet zonder meer worden gekoppeld. Anders gezegd: voor het aannemen van een rechtshandeling moeten de rechtsgevolgen die het recht aan die handeling verbindt 'congruent' zijn met de zin van die handeling. Ze moeten er juist vanwege die zin aan gekoppeld zijn. Böhlingk vroeg zich - bij wijze van kritiek op Donner - in zijn proefschrift af: 'als de beschikking geen wilsverklaring is, terwijl de burgerlijke rechtshandeling dat wel is, wat hebben die twee dan gemeen, waardoor men ze toch allebei rechtshandeling mag noemen?'.<sup>72</sup> Ze hebben inderdaad iets gemeen: in beide gevallen maken de rechtsgevolgen die te maken hebben met de zin van de handeling die handeling tot rechtshandeling. Bij de burgerrechtelijke rechtshandeling speelt de wil een belangrijke rol bij de bepaling van de zin van die handeling, bij de beschikking niet.

Wil men het begrip rechtshandeling in privaot- en publiekrecht hanteren, dan zal men zich primair moeten richten op de zin van de handeling en niet op de wil van de handelende.

#### 1.3.3.3 *Een grensgeval: de rechtsvaststellende beschikking*

De rechtsvaststellende of declaratoire beschikking wordt onderscheiden van de rechtsscheppende beschikking. Zo wordt in het handboek van Van Wijk/Konijnenbelt<sup>73</sup> gesteld dat een rechtsscheppende beschikking een rechtsverhouding schept of opheft en een rechtsvaststellende beschikking een rechtsverhouding bindend vaststelt.

Ook Donner<sup>74</sup> maakt dit onderscheid en rekent tot de rechtsvaststellende beschikkingen 'vooral de beschikkingen tot vaststelling van bepaalde eigenschappen van personen of zaken, waaraan het objectieve recht bepaalde consequenties verbindt'. Van der Pot<sup>75</sup> rekent hiertoe de beschikkingen 'die geen nieuw rechtsgevolg in het leven roepen, maar enkel aan een reeds uit het materiële recht voortvloeiende verplichting beoogen te herinneren of een daaruit voortvloeiende aanspraak boven twijfel beoogen te stellen'.

Wellicht is het deze laatste omschrijving geweest die de Afdeling rechtspraak ertoe heeft gebracht het begrip 'zelfstandig rechtsgevolg' te hanteren, een terminologisch onzuiver begrip. Een handeling heeft rechtsgevolg of heeft dit niet. Vervolgens komt dan de vraag aan de orde of het rechtsgevolg zonder meer door de wet aan de handeling wordt gekoppeld, of dat het rechtsgevolg voortvloeit uit de strekking van de handeling. Wat Donner onder rechtsvaststellende beschikkingen verstaat zijn weliswaar rechtsfeiten, maar hoeven geen rechts-



handelingen te zijn: eventuele rechtsgevolgen worden door 'het objectieve recht' eraan verbonden, wat de strekking van de handeling ook moge zijn. Nu kan men natuurlijk stellen, dat ook de strekking van een handeling die deze handeling tot rechtshandeling maakt, door het objectieve recht wordt bepaald, al zal die bepaaldheid soms zeer moeilijk te ontdekken zijn. Dan verdwijnt echter het onderscheid rechtshandeling - rechtsfeit. Wanneer we uitgaan van de beschikking als rechtshandeling ziet Donners definitie van rechtsvaststellende beschikking in feite niet op een beschikking maar op een rechtsfeit.

Van der Pots omschrijving van de rechtsvaststellende beschikking beantwoordt nog minder aan het idee van de beschikking als rechtshandeling: de handeling heeft geen rechtsgevolg, waardoor de vraag naar de strekking niet eens meer aan de orde komt. In de jongste druk van Van Wijk/Konijnenbelt wordt van de rechtsvaststellende beschikking gezegd dat deze niet voor Arob-beroep vatbaar is.<sup>76</sup> In enkele gevallen werd althans het beroep tegen een schrijven waarin iemand op een bestaande wettelijke plicht werd gewezen niet-ontvankelijk geacht wegens het ontbreken van een beschikking.

De vraag is echter of de herinnering aan een bestaande wettelijke plicht wel als een rechtsvaststellende beschikking kan worden gezien (zie hierover verder hoofdstuk 3). De tegenstelling tussen rechtscheppende en rechtsvaststellende beschikkingen is eigenlijk een valse. Ook rechtsvaststellende beschikkingen scheppen recht, zij veranderen iets in de wereld van het recht.

De constatering dat iemand 'recht heeft' op een bepaald pensioen ('pensioenbeschikking') betekent in wezen dat die persoon door deze (officiële) constatering een afdwingbaar recht krijgt op een bepaalde uitkering, waar hij tevoren slechts kon uitrekenen welk bedrag hij te goed zou hebben wanneer de pensioenbeschikking genomen zou zijn. Met andere woorden: de mate van gebondenheid van een beschikking doet niet af aan haar rechtsscheppende karakter.

Een zogenaamde rechtsvaststellende beschikking is dus of een beschikking die niet alleen vaststelt waartoe het objectieve recht aanleiding geeft maar wel degelijk ook een recht schept of geen beschikking, maar slechts rechtsfeit, een handeling waaraan de wet weliswaar rechtsgevolg verbindt, maar niet zelf de strekking heeft dat rechtsgevolg te doen ontstaan.

Donner<sup>77</sup> geeft o.a. als voorbeeld van een rechtsvaststellende beschikking 'de vestigingsvergunning op grond van de Vestigingswet Kleinbedrijf, waarbij niet anders geschiedt, dan dat het bezit van be-

paalde diploma's en het bezit van een zekere kredietwaardigheid worden geconstateerd'. Er gebeurt natuurlijk wel iets anders met de vergunningverlening: de vergunningontvanger mag zich gaan vestigen, hetgeen hij tevoren niet mocht. Hetzelfde is van toepassing op de beschikking tot het verlenen van rijbevoegdheid. Hij die voor zijn rijexamen slaagt heeft weliswaar recht op genoemde beschikking (waarvan de inhoud tevoren vaststaat), maar pas die beschikking geeft hem recht om auto te rijden. (Welk recht tot aan de afgifte van het rijbewijs overigens nog is opgeschort). Conclusie: de term rechtsvaststellende beschikking heeft geen bestaansrecht als tegenpool van rechtsscheppende beschikking. Zij ziet slechts op een zekere - zeer grote - mate van gebondenheid.

#### 1.3.4 *Besluiten en handelingen*

Onder deze titel bracht Van Wijk in een opstel de principiële niet-onderscheidbaarheid tussen besluiten en handelingen van de overheid naar voren als het gaat om de noodzaak van rechtsbescherming van de burger tegen de overheid.<sup>78</sup> In een rechtsstaat heeft de burger recht op controle door de rechter van hetgeen de overheid jegens hem doet en laat, uiteraard met inachtneming van de taak en positie van elk der drie machten.

Gezien de ruime opvatting van de gewone rechter met betrekking tot zijn bevoegdheid ex artikel 2 Wet op de Rechterlijke Organisatie is formeel aan bovenstaande rechtsstaat-eis voldaan. Het is niettemin van groot belang welk deel van de overheidsactiviteiten wordt gecontroleerd door een speciale, administratieve rechter vanwege de voor de burger inhoudelijk en procedureel andere, deels verdergaande controle op het handelen van de overheid, die hij in vergelijking met de gewone rechter biedt.

De wetgever koos in de Wet Arob voor een beperking van de ontvankelijkheid tot een bepaald soort besluiten (beschikkingen). Vanwege het slordige gebruik van de begrippen besluit en handeling door de regering<sup>79</sup> wordt hieronder een korte uiteenzetting gegeven van de wijze waarop deze begrippen in deze studie worden gehanteerd.

Het onderscheid zou hierin kunnen bestaan dat het nemen van een besluit een psychische, handelen een fysieke aangelegenheid is.

Hoe moeten we ons het nemen van een besluit voorstellen? Bij het individu kunnen we spreken van wilsvorming die kan resulteren - van daar besluit, de (af)sluiting van de wilsvorming - in een keuze omtrent ter beschikking staande alternatieven. Kortom, het individu kan zijn

in abstracto onbeperkte psychische vrijheid en zijn feitelijk altijd beperkte handelingsvrijheid vorm geven door besluiten te nemen. Dat doet hij dan ook voortdurend, zonder dat iemand anders daar iets van hoeft te merken.

Bij besluiten van meer personen wordt het iets ingewikkelder. Twee mensen kunnen niet één besluit nemen, omdat zij ieder een eigen psyche hebben en nooit gezamenlijk één. Zij kunnen wel ieder voor zich hetzelfde besluiten. Het gezamenlijke besluit is dan een resultante van de individuele besluiten. De totstandkoming blijkt uit communicatie tussen de individuen. Deze zienswijze vormt vanouds het uitgangspunt voor het leerstuk der privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen individuen. De aanhangers van de extreme wilsleer lieten het daarbij, reeds geruime tijd<sup>80</sup> wordt de wil, als zuiver psychisch verschijnsel, en het - innerlijk genomen - besluit, als resultaat van die wilsvorming, een ontoereikende basis geacht voor het rechtsverkeer: de uiting van de wil is een noodzakelijk complement. De typering van de overeenkomst als meerzijdige rechtshandeling doet overigens niet af aan de zelfstandigheid der wilsvormingen, getuige ook de splitsing in aanbod en acceptatie.

Bij besluitvorming door meerhoofdige organen van rechtspersonen en meerhoofdige ambten hebben we te maken met gezamenlijke besluiten als hiervoor aangeduid. Ook hier is er een proces van individuele wilsvormingen die resulteren in een gezamenlijke uitkomst. Dit is dan een besluit van bijvoorbeeld het college van B & W. Het totstandkomen van zo'n besluit is anders dan bij een individu altijd kenbaar, omdat de deel uitmakende individuen met elkaar moeten communiceren. Het met elkaar spreken of het schrijven van stukken, het zetten van een paraaf of de hamertik van de voorzitter, het zijn allemaal waarneembare handelingen die onderdeel kunnen zijn van het besluitvormingsproces. Met name is ook traceerbaar op welk moment het besluit echt genomen is, bijvoorbeeld op dat van de hamertik of van het instemmend knikken op een vraag van de voorzitter. Er is dan een gezamenlijk handelen met als gevolg een besluit van het orgaan of ambt. Zo'n orgaan of ambt is een juridische constructie.<sup>81</sup> Men kan dan natuurlijk stellen dat slechts mensen (en eventueel dieren) kunnen handelen en dat juridische constructies dat niet kunnen; en dat dus wel het groepje mensen dat het ambt bekleedt handelt, maar niet het ambt als zodanig. Wat is er echter op tegen om de betreffende handeling aan het ambt toe te schrijven? Ook de wet schrijft het nemen van besluiten aan ambten toe en geeft zo een juri-

dische handelingsbeschrijving. Het zijn en blijven echter de mensen die bewerken dat er wordt besloten. Voor de juridische interpretatie van wat er - binnen een bepaalde regelcontext - gebeurt is immers van belang, door wie en hoe er is gehandeld. Het nemen van een besluit door een meerhoofdig ambt kan dus als handeling worden gezien. Bij een eenhoofdig ambt rijst er een probleem: daar zal de besluitvorming zelden en het nemen van het besluit lang niet altijd waarneembaar zijn.

Nu is het bij besluiten van zowel meerhoofdige als eenhoofdige ambten zo, dat willen ze kunnen werken, ze bekend gemaakt moeten zijn al dan niet op een bepaalde wijze en daargelaten de kring van met het besluit bekende personen.<sup>82</sup> Zolang de persoon die een eenhoofdig ambt bekleedt niets naar buiten doet blijken van een genomen besluit, heeft dit besluit geen juridische betekenis.<sup>83</sup> Het gerezen probleem kan nu worden opgelost door het nemen van het besluit te laten samenvallen met het op enigerlei wijze naar buiten doen blijken van het besluit. Natuurlijk heeft de persoon die het ambt bekleedt als (natuurlijke) persoon vaak al eerder besloten, maar in een betoog dat gericht is op verduidelijking van juridisch relevante handelingen lijkt er weinig bezwaar tegen te bestaan het moment van het juridisch niet relevante, zuiver psychische, besluiten buiten beschouwing te laten. Aldus kan ook het nemen van een besluit van een eenhoofdig ambt als handeling worden beschouwd.

Concluderend kan worden gesteld: het nemen van een besluit is in juridicis een waarneembare activiteit. Juridisch relevant is het moment van waarneembaarheid, niet van het besluiten zelf. Deze momenten vallen bij meerhoofdige ambten altijd samen, bij eenhoofdige soms.

Het besluit zelf is een resultante van het handelen. In het bestuursrecht wordt onder meer beroep opengesteld tegen besluiten (waaronder beschikkingen). Stroink heeft zich dan ook afgevraagd of het niet juister zou zijn de beschikking in plaats van als rechtshandeling te typeren als rechtsbesluit.<sup>84</sup> Afgezien van het feit dat ook in het privaatrecht allerlei besluiten als rechtshandeling getypeerd worden, heb ik tegen dit voorstel geen inhoudelijke bezwaren. Het besluit en de handeling van het nemen van het besluit vormen echter een onverbrekelijk geheel. Bij de beoordeling van het besluit wordt ook de handeling van het besluit nemen, zelfs het hele besluitvormingsproces, betrokken. Het is juist vanwege deze samenhang dat het begrijpelijk en ook aanvaardbaar is om de beschikking als besluit en als rechtshandeling te typeren.

In het voorafgaande is aangegeven, dat het nemen van een besluit als handeling kan worden beschouwd en dat het vanwege de samenhang tussen deze handeling en het resultaat ervan, het besluit, mogelijk is een (rechts)besluit als de beschikking te typeren als rechtshandeling. Resteert nog de verhouding tussen het besluit en de daarop volgende handeling waartoe besloten is. Omdat daarop in § 3.2 nog uitvoerig aan de hand van jurisprudentie wordt ingegaan slechts een enkele algemene opmerking. Een onderscheid in besluiten en handelingen waartoe besloten wordt is voor het openstellen van beroep niet deugdelijk: aan iedere handeling van een overheidsorgaan immers ligt een besluit ten grondslag, kan daaraan althans geacht worden ten grondslag te liggen. Zo zou men een handeling altijd indirect kunnen aanvechten via het besluit daartoe wanneer beroep tegen besluiten in het algemeen zou openstaan. Het niet-ontvankelijk verklaren van een appellant in een beroep tegen een (feitelijke) handeling is daarom ook formalistisch en niet goed verdedigbaar: zo'n beroep dient dan te worden opgevat als te zijn ingesteld tegen het onderliggende besluit. Voor het Arob-beroep is vervolgens van doorslaggevend belang of dat besluit een bepaald type besluit - een beschikking - is. Is dat niet het geval dan is appellant om die reden niet-ontvankelijk en niet omdat er geen besluit zou zijn.

## 2 Van Bab-beschikking naar Arob-beschikking

### 2.1 Inleiding

Bij het ontwerpen van de Wet Bab werd uitgegaan van een tweedeling tussen beschikkingen en 'materiële daden'. Dit onderscheid viel samen met dat tussen rechtshandelingen en andere handelingen, al dan niet rechtsfeiten.

De vraag is of men zich toen bewust was van de moeilijkheid van het classificeren van die besluiten die weliswaar rechtsgevolgen met zich meebrengen (zoals ook een onrechtmatige daad dat doet), doch geen rechtshandelingen zijn. Juist als later in de Wet Arob ten aanzien van een besluit het geval zou zijn wordt in artikel 2 Wet Bab gesproken over een wilsverklaring die *gericht is op* iets. Wanneer men deze gerichtheid verstaat in het kader van de 'klassieke' rechtshandelingidee - en de Bab-beschikking werd uitdrukkelijk als rechtshandeling voorgesteld - betekent dit, dat het rechtsgevolg door het besluit moet worden teweeggebracht omdat het besluit daartoe strekt en niet slechts omdat het door de wet aan het nemen van het besluit wordt verbonden, los van de strekking (de betekenis) der handeling.

De vraag of het bestaan van een rechtsgevolg bepalend is dan wel de strekking van de handeling werd toen betrekkelijk argeloos in laatste zin beantwoord. In de parlementaire geschiedenis van de Wet Arob is geen steun te vinden voor de opvatting dat dit bij de Arob-beschikking anders zou zijn. Door de Arob-rechter echter wordt de vraag soms beantwoord in eerste zin.

Deze ontwikkeling van strekking der handeling naar rechtsgevolg heeft het gebruik van het begrip rechtshandeling in het bestuursrecht bemoeilijkt.

## 2.2 De beschikking ex artikel 2 Wet Bab

### 2.2.1 *Inleiding*

De problemen die samenhangen met de beperking van het Arob-beroep tegen beschikkingen vinden hun historische grond in de beperking van het Bab-beroep eveneens tegen beschikkingen. De Bab- en de Arob-beschikking verschillen wel op enkele punten, maar deze verschillen zijn voor het hier aan de orde gestelde vraagstuk van het rechtshandelingskarakter niet relevant.

Bij de totstandkoming van de Wet Arob is vrijwel steeds als vanzelfsprekend - door regering en parlement - dan wel als goed verdedigbaar - Raad van State - aangenomen dat op voet van de Wet Bab ook bij de Wet Arob het beroep beperkt zou zijn tot beschikkingen.

Het is daarom belangrijk de wortels van dit 'kwaad' eens nader te bekijken en te proberen een antwoord te vinden op de vraag waarom het Bab-beroep beperkt bleef tot beschikkingen.

### 2.2.2 *De Commissie De Monchy*

In 1946 kreeg de Commissie De Monchy de opdracht na te gaan o.a. 'of en in hoeverre behoefte bestaat aan verhoogde rechtsbescherming van de burger tegenover de Overheid' en zo ja, 'door welke middelen deze behoefte bevredigd behoort te worden'.<sup>85</sup>

De Commissie meende dat de vraag naar eventueel te verhogen rechtsbescherming in hoofdzaak speelde op het gebied van de beschikkingen.<sup>86</sup>

Onder beschikking verstaat de Commissie 'hetgeen men in het algemeen onder beschikkingen verstaat',<sup>87</sup> daarbij aansluitend bij de literatuur. In het door de Commissie voorgestelde ontwerp luidde de definitie van beschikking: 'Onder beschikking verstaat deze wet de eenzijdige schriftelijke wilsverklaring van een administratief orgaan, gegeven krachtens een staats- of administratiefrechtelijk voorschrift, en gericht op de vaststelling, de wijziging of de opheffing van een bestaande, of het scheppen van een nieuwe rechtsverhouding, dan wel inhoudende de weigering tot zodanig vaststellen, wijzigen, opheffen of scheppen.

Een regeling van algemene strekking is geen beschikking in de zin van deze wet.'

De wetgever had slechts op bepaalde gebieden voor rechtsbescher-

ming - bij een speciale rechter - tegen beschikkingen gezorgd en op de overige beschikkingen, stelde de Commissie, had de controle van de gewone rechter ex artikel 1401 BW slechts bij uitzondering betrekking. Zij stelde voor om de rechtsbescherming tegen beschikkingen uit te breiden door een aanvullende regeling van rechtmatigheidsberoep op de Kroon, behoudens uitzonderingen. Aanvullend betekent in dit verband, voor zover er geen andere administratiefrechtelijke voorziening openstaat. Als beroepsinstantie werd de Kroon voorgesteld omdat ook aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moest kunnen worden getoetst, die toen nog sterk als een soort overgangsgebied tussen recht- en doelmatigheidscriteria werden gezien. De gewone rechter toetste blijkens de jurisprudentie slechts aan détournement de pouvoir en willekeur. Dat vond de Commissie uit rechtsbeschermingsoogpunt te mager:

‘Verlangd moet integendeel worden, dat een controlerende instantie ook dan kan ingrijpen wanneer de in een beschikking tot uiting komende afweging van belangen strijdig is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Uiteraard heeft de wetgever zich hierbij te verlaten op het subjectief inzicht dier hogere instantie, maar zonder dat daarbij de voorwaarde gesteld behoeft te worden, dat geen redelijk denkend mens anders zou kunnen oordelen. Een zodanige controle kan echter, wegens de reeds meermalen in dit rapport ter sprake gekomen verstrengelingen van rechts- en beleidsvragen op het gebied van het administratief recht, bezwaarlijk aan de rechter worden gegeven.’<sup>88</sup>

Voor bestuursdaden (handelingen) niet zijnde beschikkingen diende volgens de Commissie een aparte regeling te komen. Wat waren daarvoor de argumenten? Het voorgaande immers maakt slechts duidelijk dat de rechtsbescherming tegen beschikkingen onvoldoende was.

Drie vragen rijzen op dit punt:

- 1 Was de rechtsbescherming tegen daden (handelingen) niet zijnde beschikkingen wél voldoende?
- 2 Kan een onderscheid beschikkingen - andere overheidshandelingen worden gemaakt?
- 3 Dient een dergelijk onderscheid een doorzichtig en bevredigend stelsel van rechtsbescherming?

Ten aanzien van de eerste vraag redeneerde de Commissie als volgt. De gewone rechter heeft zich ‘door toepassing van de artikelen 1401 v.v. van het Burgerlijk Wetboek een uitgebreide controle op handelin-



gen der administratie verschaft'.<sup>89</sup> De Commissie meent echter, dat de rechterlijke beoordeling ruimer moet zijn dan tot dan toe ex artikel 1401 BW het geval was en stelt daarom een regeling voor (de Wet ODOL), o.a. inhoudend dat een onrechtmatige overheidsdaad moet worden aangenomen, wanneer de overheid òf in strijd met de wet (inclusief *détournement de pouvoir*), òf in strijd met de zorgvuldigheid handelt. Zorgvuldigheid ware op te vatten als dezelfde zorgvuldigheid die van particulieren in het rechtsverkeer wordt geëist, al zou op het punt van het freie Ermessen wel een regeling getroffen moeten worden (!).

De Commissie stelde voorts, dat ook vanwege de onzekerheid omtrent de richting waarin de rechterlijke jurisprudentie ex artikel 1401 BW zich zou ontwikkelen een wettelijke regeling (ODOL dus) wenselijk was.<sup>90</sup>

Over de tweede vraag spreekt de Commissie zich als volgt uit: 'Zo wordt (*afgezien van de afscheiding van daden en beschikkingen*) een hoogst eenvoudig systeem verkregen.'<sup>91</sup> (Cursivering van mij, F.M.) En daarmee moeten we het doen!

Tenslotte de vraag naar de zin en het nut van het onderscheid beschikkingen - andere overheidshandelingen. Wanneer men inderdaad afziet van afbakeningsproblemen, samenhangend met het bovengenoemde onderscheid, dan kan men zich - óók afgezien van alle overige merites van de voorgestelde regeling - afvragen, waarom verschillende rechtsregimes zouden moeten gelden voor twee categorieën daden, die gemeen hebben dat zij overheidsdaad zijn en als zodanig de burger (kunnen) raken. Vrijwel nergens in het betoog van de Commissie wordt aan die principiële vraag aandacht geschonken. Puur praktische overwegingen, waarbij veelal wordt voortgebouwd op ontwikkelingen in literatuur en jurisprudentie, lijken te overheersen. Wel wordt een vingerwijzing gegeven: 'Algemeen verbindende regelen stellen en deze bij wijze van beschikking toepassen kan slechts de Overheid. Haar organen volbrengen hierbij een publiekrechtelijke taak, die uitsluitend hun toekomt.'<sup>92</sup>

Men zou verwachten, dat werd voortgegaan met de stelling dat andere overheidsdaden dan regelgeving en het nemen van beschikkingen *niet* typisch des overheids zijn en *daarom* apart geregeld moeten worden. Die conclusie trekt de Commissie echter niet. De splitsing wordt gemaakt, omdat dan 'ten aanzien van deze daden van openbare lichamen (daden niet zijnde beschikkingen, F.M.) een systeem (kan) wor-

den opgebouwd, dat niet alleen hoogst eenvoudig is, maar dat bovendien in beginsel aan de burgerlijke rechter een ruimer beoordelings-terrein schenkt dan de jurisprudentie hem tot nu toe heeft geboden.<sup>93</sup> Waarbij gemakshalve over het hoofd werd gezien dat de burgerlijke rechter die jurisprudentie zelf maakt en daardoor dus nooit beperkt kan worden.

Men meende niettemin zonder breuk met het verleden een eenvoudig en beter systeem te kunnen opbouwen. De vraag of door een breuk met het verleden wellicht een nog beter systeem kon worden verkregen werd als zodanig niet gesteld, maar werd impliciet ontkennend beantwoord.

Elders in het Verslag had de Commissie de mogelijkheid van toetsing van beschikkingen door een 'algemene' rechter van de hand gewezen.<sup>94</sup> De mogelijkheid om *alle* overheidsdaden bij een rechterlijke instantie onder te brengen was dus afgesneden. Handelingen die op 'zuiver privaatrechtelijk terrein' liggen ter toetsing aan bestuursorganen voorleggen is gezien artikel 2 Wet RO niet mogelijk. De Commissie hierover: 'Aan de principiële bevoegdheid van de burgerlijke rechter in deze aangelegenheid behoort niet te worden geraakt.'<sup>95</sup>

Gegeven eenmaal de noodzaak van een gespreide competentie kwam de Commissie tot haar voorstellen. Daarbij meende zij zich niet meer te hoeven inlaten met de principiële vraag naar de onderscheidbaarheid van verschillende overheidshandelingen, gegeven de behoefte aan rechtsbescherming van de burger tegen die handelingen. Van wezenlijk belang voor de inhoud van de voorstellen was de onwil een algemene onafhankelijke rechter over overheidsbeschikkingen te laten oordelen. De invloed van Struycken<sup>96</sup> deed zich nog sterk gevoelen.

Steenbeek<sup>97</sup> toonde in zijn commentaar op het werk van de Commissie begrip voor haar pragmatische zienswijze. 'Men kan inderdaad met goede reden volhouden, dat de bestuurswerkzaamheid het meest geprononceerd en het meest typisch in deze soort van besluiten naar voren treedt', aldus Steenbeek. Deze opmerking heeft inmiddels fors aan geldingskracht ingeboet. Verder merkt hij op: 'Bovendien komt blijkens de jurisprudentie juist bij het uitoefenen van de publiekrechtelijke beschikkingsbevoegdheid in volle omvang de moeilijkheid naar voren van het tegenover elkaar afpalen van competenties tot rechts"vinding" van administratie en rechter. Het ligt in die situatie voor de hand voor die moeilijkheid een oplossing te zoeken door een speciale regeling daaromtrent in het leven te roepen.' Of alles wat het

meest voor de hand ligt ook het meest verstandig is moet op zijn minst worden betwijfeld.

### 2.2.3 *Het Ontwerp-Bab*

Op 8 november 1958 werd een Ontwerp van wet Bab aan de Tweede Kamer aangeboden.<sup>98</sup> Het Ontwerp kende dezelfde definitie van beschikking als de Wet Bab zou gaan bevatten:

‘Artikel 2

1 Onder beschikking verstaat deze wet de eenzijdige naar buiten gerichte schriftelijke wilsverklaring van een administratief orgaan van de centrale overheid, gegeven krachtens een in enig staats- of administratiefrechtelijk voorschrift vervatte bevoegdheid of verplichting en gericht op de vaststelling, de wijziging of de opheffing van een bestaande rechtsverhouding of het scheppen van een nieuwe rechtsverhouding dan wel inhoudende de weigering tot zodanig vaststellen, wijzigen, opheffen of scheppen.

2 Een besluit van algemene strekking is geen beschikking in de zin van deze wet.’

Afgezien van enkele, overigens niet onbelangrijke, verschillen tussen deze definitie en die van de Commissie De Monchy is deze definitie op het punt van het rechtshandelskarakter gelijk aan die van de Commissie.

In de Memorie van Toelichting wordt het uitgangspunt van de Commissie De Monchy overgenomen. Er dient geen algemene administratieve rechtspraak te komen, hoewel er gebieden zijn waarop kennisgeving door een gespecialiseerde - administratieve - rechter wenselijk is, zoals ook reeds is gerealiseerd. ‘Doch daar, waar een materie zich bezwaarlijk leent voor doeltreffende controle door een onafhankelijke rechter, zoeken men naar rechtsbescherming binnen de administratie zelf.’<sup>99</sup> Het bestaande rechtsbeschermingssysteem moet worden gehandhaafd en aangevuld met Bab-beroep: ‘... de invoering van een uniforme rechterlijke controle op alle bestuursdaden op dit ogenblik (zou) moeilijk anders kunnen worden beschouwd dan als een breuk met het verleden en bovendien moet gevreesd worden, dat onoverkomelijke moeilijkheden daarvan het gevolg zouden zijn.’<sup>100</sup>

Moeilijkheden zouden vooral rijzen op het punt van de toetsing: de rechter zou óf puur op rechtmatigheid toetsen en daarmee de burger te weinig waarborgen bieden, óf ook op doelmatigheid en daarmee ‘in de plaats (. . .) treden van de voor haar beslissingen verantwoordelijke administratie’.<sup>101</sup>

Wat betreft de beperking van het Bab-beroep tegen beschikkingen was de regering, evenals de Commissie, van mening, dat men er goed aan deed de bevoegdheid van de gewone rechter ten aanzien van de zogenaamde materiële daden te handhaven, 'gelet op de grondwettelijk omschreven bevoegdheid van de rechterlijke macht enerzijds en de historisch gegroeide ontwikkeling te dezen anderzijds, . . .'<sup>102</sup> Anders dan de Commissie meende de regering, dat het niet wenselijk was de beoordeling van materiële overheidsdaden door de gewone rechter nader wettelijk te regelen.

Alles bijeen genomen kan worden geconcludeerd dat zowel de Commissie De Monchy als de regering geen wijziging van het bestaande wilden, doch slechts aanvulling daarvan en wel om twee redenen: de historisch gewortelde angst voor de algemene administratieve rechter en de verwachte afbakeningsproblemen gewone rechter - administratieve rechter. Men onderkende niet dat ook het beschikkingsbegrip grote afbakeningsproblemen met zich zou kunnen meebrengen.

Het rechtshandelingskarakter van de Bab-beschikking wordt in de Memorie van Toelichting buiten twijfel gesteld. 'De beschikking is rechtshandeling, immers wilsverklaring, gericht op de in de definitie nader omschreven rechtsgevolgen . . .' en: 'Tenslotte moet worden bedacht, dat de op het ontstaan van de in de definitie omschreven rechtsgevolgen gerichte wilsuiting van een administratief orgaan slechts dan als een beschikking in de zin van het ontwerp kan worden beschouwd, indien het beoogde rechtsgevolg inderdaad afhankelijk is van die wilsuiting, en dus niet ook zonder die wilsuiting rechtstreeks uit die wet zelf zou zijn voortgevloeid.'<sup>103</sup>

Dit commentaar gaat mijns inziens voorbij aan het bestaan van handelingen (besluiten) die wel rechtsgevolg hebben, maar niet als wilsuiting op dat rechtsgevolg waren gericht. Handelingen dus die niet als zodanig beoogde rechtsgevolgen in het leven roepen, of, nauwkeuriger, handelingen die wel een rechtsgevolg veroorzaken, maar er niet toe strekken dit te doen.

De bestuursdwangwaarschuwing werd door de regering niet als beschikking aangemerkt, omdat de bevoegdheid tot uitoefening van bestuursdwang rechtstreeks uit de wet voortvloeit. De mogelijkheid dat die waarschuwing niettemin een rechtsgevolg kan hebben (wegvallen van de 'rechtmatigheidsbarrière' van de waarschuwing wanneer deze verplicht is) zonder daarop overigens gericht te zijn, werd niet onder ogen gezien.

Stellinga wijst erop dat met het onderscheid beschikkingen - materiële

le bestuursdaden niet de hele bestuursactiviteit is aangeduid.<sup>104</sup> Wanneer men de materiële daden beperkt, zoals door Stellinga wordt gesuggereerd, tot het graven van kanalen, bouwen van bruggen enz. en rechtshandelingen kwalificeert als 'geestelijke verrichtingen met in hoofdzaak juridische strekking'<sup>105</sup> dan valt er inderdaad een gat. Want wat dan te doen met bijvoorbeeld adviezen? Aan dit probleem kan men ontkomen door in plaats van het onderscheid beschikkingen - materiële daden het onderscheid beschikking - geen beschikking te hanteren, waarbij men alles wat geen beschikking is en noch rechtspraak, noch wetgeving is aan de gewone rechter laat.

Ik kan niettemin met een later commentaar van Stellinga instemmen waar hij, gezien de afbakeningsproblemen en diverse niet-ontvanke-lijkverklaringen die het beschikkingsbegrip met zich meebrengt, de vraag stelt of ook de Wet Arob een beperking van het beroep tot beschikkingen zal moeten inhouden.<sup>106</sup> Hij merkt op: 'Nu is het wel verklaarbaar, dat men èn in het rapport van de Commissie De Monchy èn op het voetspoor daarvan in de Wet B.A.B. tot een definitie van "beschikking" is gekomen, namelijk omdat men te onzaliger ure wilde gaan onderscheiden tussen "beschikkingen" en "dadën" van de overheid. De Commissie De Monchy baseerde op deze onderscheiding twee afzonderlijke wetsontwerpen: een ontwerp B.A.B. en een ontwerp-Wet O.D.O.L. (. . .). Tegen deze onderscheiding vielen ge- gronde bezwaren in te brengen (. . .). Niettemin werd zij overgeno- men in de Wet B.A.B., zoals deze ten slotte tot stand kwam, met dien verstande evenwel, dat men - en terecht - er niet toe is overgegaan een Wet O.D.O.L. tot stand te brengen. Op deze wijze zijn we in de Wet B.A.B. aan de beperkende definitie van "beschikking" gekomen, met alle narigheid daarvan.'

In het Voorlopig Verslag van de Tweede Kamer werd niet gerept over de afbakeningsproblematiek die de beperking van het beroep tot beschikkingen met zich zou kunnen meebrengen. De opmerkingen in het Voorlopig Verslag, het antwoord van de regering in de Memorie van Antwoord alsook de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer betroffen vooral de beroepsgronden, de keuze van de Kroon als beroepsorgaan en de door de regering voorgestelde beperking van het beroep tegen beschikkingen van organen van de centrale overheid, dit in afwijking van het advies van de Commissie De Monchy.

In het Voorlopig Verslag van de Eerste Kamer wordt opgemerkt, dat er verschillende formuleringen worden gebruikt in de diverse wetten

als het gaat om de vraag waartegen beroep open staat. De Wet Arbo en de Ambtenarenwet spreken over besluiten en handelingen, de Beroepswet over beslissingen, het Ontwerp-Bab over beschikkingen. Hoewel niet fraai, zou men deze verschillen, aldus de betreffende leden, kunnen aanmerken als schoonheidsfouten. (!)

De regering antwoordt hierop in de Memorie van Antwoord, dat de beperking tot besluiten reeds eerder is gemotiveerd, en dat het feit 'dat van "beschikkingen" wordt gesproken in plaats van "besluiten" . . . een gevolg [is] van de terminologie, die sinds de totstandkoming van de beide genoemde wetten (Wet Arbo en Ambtenarenwet, F.M.) meer en meer in gebruik is gekomen.'<sup>107</sup> Dit nu is toch wel wat merkwaardig, omdat de termen besluit en beschikking geenszins verwisselbaar zijn. Dat blijkt ook uit artikel 2 van het Ontwerp, dat spreekt over de beschikking als (. . .) wilsverklaring, gericht op de vaststelling enz. (in Arob-termen samengevat: enig rechtsgevolg).

Wanneer voor het woord wilsverklaring ook besluit gelezen mag worden dan is een beschikking een bepaald *soort* besluit en dus geen besluit zonder meer.

Wanneer voor het woord beschikking ook besluit gelezen zou mogen worden, dan wordt toch voorbijgegaan aan de mogelijkheid van besluiten die mogelijk een rechtsgevolg hebben, maar daarop niet zijn gericht, bijvoorbeeld wanneer een 'feitelijk besluit' als onrechtmatige daad gekwalificeerd zou worden.

De conclusie moet zijn dat de wetgever zich dit probleem niet heeft gerealiseerd.

#### 2.2.4 De Wet Bab

De Wet Bab kwam als Wet van 20 juni 1963, houdende voorziening bij de Kroon tegen administratieve beschikkingen, in 1963 in het Staatsblad (Stb. 268) en trad in werking op 1 januari 1964.

De beschikking respectievelijk de daarmee gelijkgestelde weigering om een beschikking te geven worden behandeld in de artikelen 2 en 3, welke luiden:

##### 'Artikel 2

1 Onder beschikking verstaat deze wet de eenzijdige naar buiten gerichte schriftelijke wilsverklaring van een administratief orgaan van de centrale overheid, gegeven krachtens een in enig staats- of administratiefrechtelijk voorschrift vervatte bevoegdheid of verplichting en gericht op de vaststelling, de wijziging of de opheffing van een

bestaande rechtsverhouding of het scheppen van een nieuwe rechtsverhouding dan wel inhoudende de weigering tot zodanig vaststellen, wijzigen, opheffen of scheppen.

2 Een besluit van algemene strekking is geen beschikking in de zin van deze wet.

### Artikel 3

Met een beschikking, inhoudende een weigering, wordt een weigering om een beschikking te geven gelijkgesteld. Het administratief orgaan wordt geacht het geven van een beschikking te hebben geweigerd, wanneer de wettelijk gestelde termijn voor het nemen van een beschikking is verstreken, zonder dat een beschikking is gegeven of - bij het ontbreken van zulk een termijn - wanneer niet binnen redelijke tijd een beschikking is gegeven.'

Steenbeek<sup>108</sup> noemde de Bab-beschikking 'een legislatief novum, dat evenwel kan bogen op een behoorlijk rijpingsproces op de voedingsbodem van de wetenschap van het administratief recht'. Dit moge zo zijn, Stellinga had er in 1950 al op gewezen dat een begrip dat in de literatuur goede diensten bewijst nog niet meteen geschikt is om in de wet te worden opgenomen. Immers: 'Zolang begrippen als waarom het hier gaat in de literatuur besloten blijven, kan men de daartegen geopperde bezwaren naast zich neerleggen. Dit gaat echter niet meer, zodra men ze in een positieve wet gaat neerleggen. Dan moet men met deze begrippen gaan werken en kunnen er praktische moeilijkheden rijzen.'<sup>109</sup>

Okma liet een gelijksoortige waarschuwing horen in zijn preadvies voor de NJV in 1950: 'de schematische indeling van het Overheids-handelen in algemene regelingen - beschikkingen - feitelijke handelingen is een wetenschappelijke indeling. Maar introductie van de wetenschap in de wetgeving heeft slechts zelden tot bevredigende resultaten gevoerd'.<sup>110</sup>

Als derde in de rij kan M.M. van Praag worden genoemd, die in diens preadvies, ook voor de NJV in 1950, opmerkte: '... dat het geen voordeel biedt de handelingen, die door de als Administratie aangeduide individuen of colleges verricht worden, samen te vatten onder een algemene benaming, bijvoorbeeld die van "beschikking"'.<sup>111</sup> Onder deze benaming worden, aldus Van Praag, zeer heterogene verichtingen samengevat en zij hebben eigenlijk slechts gemeen dat zij door een en dezelfde groep van individuen of colleges worden verricht. Hij spreekt in dit verband van een vergroving van ons rechtssy-

steem wanneer de beschikking een wettelijke status zou krijgen. Welke problemen het beschikkingsbegrip van de Wet Bab in de jurisprudentie opleverde komt in de volgende paragraaf aan de orde.

### 2.2.5 *De jurisprudentie met betrekking tot de Bab-beschikking*

In deze paragraaf worden enkele cijfers gepresenteerd om een beeld te geven van de omvang van de Bab-jurisprudentie, in het bijzonder met betrekking tot artikel 2. Voorts wordt summier aandacht besteed aan de inhoudelijke kant van de jurisprudentie inzake artikel 2, voor zover dit kan bijdragen tot een goed begrip van de parlementaire behandeling hierna van artikel 2 Wet Arob.

De Kroon heeft blijkens de overzichten van Stellinga in TvO<sup>112</sup> in de periode 1964 tot en met 1975, 12 jaar dus, 1350 Bab-uitspraken gedaan. Daarvan betrof ongeveer 8,7% - 118 uitspraken - een niet-ontvankelijk verklaring wegens de afwezigheid van een beschikking in de zin der wet (artikel 2).<sup>113</sup> Voor het rechtshandeling-vraagstuk kunnen we de niet-ontvankelijk verklaringen met betrekking tot het niet tot de centrale overheid behoren van het beschikking nemende orgaan (41) en besluiten van algemene strekking (8) buiten beschouwing laten. Daarmee komt het totaal aantal niet-ontvankelijk verklaringen die (mogelijkerwijs) iets te maken hebben met het rechtshandelingskarakter op  $118 - 49 = 69$  in twaalf jaar.<sup>114</sup> Geen aantal om erg ongerust over te zijn.

Een groot deel van deze zaken betrof overigens niet de afbakeningsproblemen die het beschikkingsbegrip met zich meebrengt, maar gevallen waarin door de evidente afwezigheid van een rechtsgevolg geen afbakeningsproblemen spelen. Er hebben zich ook enkele interessante zaken voorgedaan waarin het beschikkingsvereiste een barrière bleek op te leveren. Voorbereidingshandelingen die nodig zijn om tot een beschikking te kunnen komen (voordrachten bijvoorbeeld) of om rechtmatig te kunnen optreden (Omroepwetwaarschuwing) krijgen daardoor volgens de Kroon nog geen beschikkingskarakter (KB 15.5.1968, nr. 59, K/vM jur.besch. p. 46 en KB 5.6.1975, nr. 21, K/vM jur.besch. 170). Van enige vanzelfsprekendheid op dit punt kan vandaag niet meer worden gesproken.

Op het punt van de bevoegdheid van het beschikkende orgaan rezen herhaaldelijk problemen. Dat kwam met name door de eis dat een beschikking moet zijn 'gegeven krachtens een in enig staats- of administratiefrechtelijk voorschrift vervatte bevoegdheid of verplichting.'



Ontbrak een specifiek aanwijsbaar voorschrift dan nam de Kroon onbevoegdheid aan en, heel consequent, het ontbreken van een beschikking.

Dit leidde soms tot nogal absurde uitspraken. Zo bleek de weigering van de Staatssecretaris van CRM om iemand een bijzondere invaliditeitsuitkering toe te kennen op de voet van de Wet buitengewoon pensioen 1940-1945 geen beschikking, *omdat* niet bij of krachtens algemeen verbindend voorschrift was bepaald in welke gevallen aanspraak op een uitkering als vorenbedoeld bestaat (KB 16.7.1971, nr. 26, K/vM jur.besch. p. 119). Het niet aannemen van de bevoegdheid leidde vervolgens tot het niet aannemen van een beschikking.

Een curieuze uitspraak! Het door de Kroon ingenomen standpunt zou ertoe moeten leiden, dat in geen enkel geval waarin een discretionaire bevoegdheid wordt gegeven een beschikking kan worden aangenomen. De onaanvaardbaarheid van die consequentie zegt genoeg over de waarde van de uitspraak.

Dan is er nog de 'beruchte' uitspraak omtrent het onttrekken van een waterweg aan het openbaar scheepvaartverkeer (KB 20.7.1970, nr. 12, K/vM jur. besch. p. 96). Omdat er op dit punt geen specifieke staats- of administratiefrechtelijke voorschriften waren werd een besluit dienaangaande niet als beschikking aangemerkt. Toch twijfelde niemand aan het publiekrechtelijke karakter van het overheidsoptreden in kwestie. Algemene (grond)wettelijke bepalingen als de artikelen 204 e.v. Gw (oud) met betrekking tot de waterstaat boden blijkbaar geen voldoende grondslag om de bevoegdheid op te baseren.

Zo komt het antwoord op de vraag of er een beschikking is, te liggen bij de specifiek geregelde bevoegdheid/verplichting, niet bij de rechtshandeling. Met name naar aanleiding van genoemde uitspraak is voor de Wet Arob een ruimere grondslag voor beschikkingsbevoegdheid bepleit.

## 2.3 Parlementaire geschiedenis van artikel 2 Wet Arob

### 2.3.1 *De Commissie Wiarda*

Eén jaar na het van kracht worden van de Wet Bab - op 17.2.1965 - stelden de Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken een commissie in die tot taak had te onderzoeken in hoeverre het mogelijk en wenselijk was 'een verhoogde rechtsbescherming te bieden met betrekking tot beschikkingen van organen van lagere overheidslicha-

men, gelijkwaardig aan de verhoogde rechtsbescherming ten opzichte van de beschikkingen van de centrale overheid, geregeld in de Wet beroep administratieve beschikkingen'.<sup>115</sup> Deze Commissie wordt verder naar de naam van haar voorzitter de Commissie Wiarda genoemd.

Wat uit de opdracht aan de Commissie al bleek werd nog eens door minister Y. Scholten van Justitie in de installatierede<sup>116</sup> vermeld: gedacht werd aan een overeenkomstige regeling voor beschikkingen van organen van de lagere publiekrechtelijke lichamen. De minister stelde echter ook: 'Studie is zeker nog nodig.' En tevens: 'dat het niet een kwestie is van simpelweg schrappen van de woorden "van de centrale overheid" uit artikel 2 van de Wet-B.A.B.'. Dit gold o.a. de keuze van het beroepsorgaan en de wenselijkheid bepaalde beschikkingen uit te zonderen. Geen woord echter over de beperking van het beroep tegen beschikkingen, maar dat mag niet verbazen gezien de voorafgaande discussies over artikel 2 Wet Bab en het feit dat de Wet Bab pas een jaar van kracht was.

In het rapport van de Commissie Wiarda<sup>117</sup> wordt onder meer aandacht besteed aan de beoogde uitbreiding van de wet inzake beschikkingen van organen van lagere overheden, de door de Commissie bepleite beslissingsbevoegdheid van de Afdeling contentieux en de vraag of het beroep in een of twee instanties moest worden opgesteld, dan wel een bezwaarschriftenprocedure in de wet moest worden opgenomen. Bij al het werk van de Commissie die substantiële wijzigingen van de Wet Bab voorstelde, valt achteraf op dat de Commissie zich ten aanzien van artikel 2 heeft beperkt tot het schrappen van de woorden 'van de centrale overheid'.<sup>118</sup>

Vergelijk de woorden van minister Scholten hiervoor aangehaald. Men kan nu minder goed het argument gebruiken dat de opdracht niet met zich meebracht dat de Commissie zich ook overigens met artikel 2 zou kunnen bezighouden, omdat de Commissie diverse vraagstukken bestudeerde - en voorstellen ter zake deed - die strikt genomen niet uit de opdracht hoefden te worden afgeleid. Wanneer men 'gelijkwaardig' in de opdracht uitlegt als 'tenminste gelijkwaardig', hetgeen de Commissie mijns inziens terecht heeft gedaan, dan had ook het openstellen van beroep tegen beschikkingen ter discussie kunnen staan. Het is echter veeleer zo dat de beperking van het Bab-beroep tot beschikkingen nog geen grote problemen te zien had gegeven. Waarom zou men zich dan op een dergelijk moment bezighouden met een zo ingewikkelde materie?

### 2.3.2 *De parlementaire behandeling van artikel 2 Wet Arob*

Artikel 2 van het Ontwerp-Arob<sup>119</sup> is grotendeels identiek aan artikel 2 Wet Bab. Het enige, maar zeer belangrijke, verschil is het ontbreken van de woorden 'van de centrale overheid' in artikel 2 van het Ontwerp-Arob, juist zoals de Commissie Wiarda had aanbevolen. Voor ons onderwerp is dit verschil echter niet relevant.

De Raad van State verklaarde in zijn advies over wetsontwerp 11279 en de bijbehorende Memorie van Toelichting er begrip voor te hebben, dat de bewindslieden in dit stadium niet hebben willen tornen aan essentiële onderdelen van de Wet beroep administratieve beschikkingen, als de definitie van het begrip 'beschikking'.<sup>120</sup> Het Voorlopig Verslag II<sup>121</sup> maakt echter melding van een andere opvatting bij zeer vele leden, die opmerkten dat de handhaving van beroep tegen beschikkingen discutabel was geworden door de beperkte interpretatie van het beschikkingsbegrip in de Kroon-jurisprudentie. Vanwege de onwenselijkheid van niet-ontvankelijk verklaringen wanneer 'schending van rechtmatigheid wel degelijk heeft plaatsgevonden' bepleitten zij een ruim beschikkingsbegrip, dan wel het openstellen van beroep ook tegen een aantal handelingen en besluiten, niet zijnde beschikkingen. Enkele leden vroegen zich daarbij af waarom op dit punt de Ambtenarenwet en de Wet Arbo niet waren gevolgd en suggereerden dat de burger juist ten aanzien van handelingen die geen beschikking waren wel eens de grootste behoefte aan rechtsbescherming zou kunnen hebben. De burgerlijke rechter zou zich in het algemeen erg terughoudend opstellen bij de beoordeling van overheids-handelingen. Diverse schrijvers hadden zich eerder voor een beroep tegen besluiten en handelingen uitgelaten. Behalve Van Wijk in zijn eerder vermelde opstel Besluiten en Handelingen, bijvoorbeeld ook J. in 't Veld<sup>122</sup>, die stelde dat een dergelijk ruim beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven ook nooit problemen had gegeven. Ook het VNG-adres aan de Tweede Kamer van 29.12.1971 hield een dergelijk pleidooi in. De regering behandelde het vraagstuk als volgt.<sup>123</sup>

In het eerste deel van haar antwoord ging zij in op de vraag welke omvang de beschikkingsdefinitie zou moeten hebben. Zij refereerde daarbij aan de strikte interpretatie door de Kroon van de Bab-eis dat een staats- of administratiefrechtelijk voorschrift moest kunnen worden aangewezen waarop de betreffende bevoegdheid of verplichting berustte. Dit had o.a. geleid tot de omstreden uitspraak inzake het onttrekken van een waterweg aan het scheepvaartverkeer (KB

20.7.1970, nr. 12, K/vM, jur.besch. p. 96). De regering stelde op dit punt een gewijzigde definitie van beschikking voor waarbij slechts zou zijn aangegeven, 'dat het moet gaan om een besluit, genomen in-gevolge een staats- of administratiefrechtelijke bevoegdheid of verplichting'.<sup>124</sup>

De voorvraag, of er slechts een beroepsmogelijkheid tegen beschikkingen moest blijven dan wel tevens beroep tegen besluiten en handelingen in het algemeen moest worden opengesteld kwam daarna aan de orde. Dit leverde een nogal curieus antwoord op. Ten aanzien van de term 'besluiten' (als alternatief voor beschikking) merkte de regering op, dat beschikking een species van het algemene begrip besluit is. Welnu, ook wanneer men deze uitspraak onmiddellijk voor juist aanneemt, kan men hierin toch onmogelijk een antwoord lezen op de vraag waarom de beroepsmogelijkheid niet zou kunnen worden uitgebreid tot andere besluiten dan beschikkingen!<sup>125</sup>

Hoe de begrippen besluit en handeling zich tot elkaar verhouden wordt niet geheel duidelijk, ofschoon het vaststellen van een beschikking een bestuurshandeling wordt genoemd. Hoe het met andere besluiten staat - of dat ook handelingen zijn - blijft onvermeld. De regering brengt in haar antwoord wel een zekere scheiding aan door deze begrippen achtereenvolgens te behandelen en niet het besluit tegelijk met, als species van, de handeling.

Met betrekking tot een eventuele uitbreiding van het beroep tegen handelingen, niet zijnde beschikkingen, wijst de regering er op dat uit een analyse van J. Peters<sup>126</sup> zou blijken dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven alleen die handelingen appellabel acht, die op een *besluit* berusten. Wat betekent besluit hier? Men zou kunnen volhouden dat elke overheidshandeling op een besluit berust (wanneer men het begrip besluit maar ruim genoeg neemt). Onmiddellijk daarna spreekt de regering nog slechts over handelingen waaraan geen *beschikking* ten grondslag ligt, daarmee het onderscheid besluit - beschikking gemakshalve terzijde stellend.<sup>127</sup> Het stopteken van een politieagent (voorbeeld van de regering) is wel te beschouwen als een handeling waaraan geen beschikking ten grondslag ligt (in de doctrine wordt deze handeling *zelf* als een beschikking beschouwd), men moet niettemin hopen dat er wel een besluit aan ten grondslag ligt!

De verwijzing naar Peters' analyse mist overigens elke grond, daar Peters t.a.p. in het geheel niet de door de regering genoemde conclusie trekt.<sup>128</sup> Het College van Beroep voor het bedrijfsleven blijkt soms zelfs het beroep tegen een besluit te converteren in beroep tegen een handeling.<sup>129</sup>

Het is goed op dit punt eens nader in te gaan op de betekenis van de termen besluiten en handelingen in artikel 3 Ambtenarenwet en artikel 4 Wet Arbo. In de Kamer werd eigenlijk zonder meer aangenomen, althans door de leden die de ontwerp-tekst van artikel 2 Wet Arob vergeleken met vorengenoemde artikelen, dat met besluit een ruimer begrip werd beoogd dan beschikking. Men kan wel met de regering instemmen dat het begrip besluit in het algemeen ruimer is dan het begrip beschikking, dit neemt niet weg dat de wetgever van de Ambtenarenwet en die van de Wet Arbo met besluit heel wel beschikking bedoeld kan hebben!

Van Wijnbergen heeft aangetoond<sup>130</sup> dat onder besluiten in artikel 3 Ambtenarenwet slechts rechtshandelingen, derhalve beschikkingen kunnen worden begrepen. Eerst citeert hij de Memorie van Toelichting<sup>131</sup>:

‘Anders dan de vernietiging van een besluit of een weigering, die deze wilsuiting opheft, en daarmee het geleden onrecht herstelt, heeft de nietigverklaring van een materiële daad slechts theoretische betekenis. Zulk een eenmaal gepleegde handeling kan niet door een vonnis ongedaan gemaakt worden. Als de klager tengevolge van een dergelijke onrechtmatige daad schade geleden heeft, dient deze hem dus vergoed te worden.’ Van Wijnbergen vervolgt dan met: ‘Daarom werd in artikel 47, derde lid, bij vernietiging van een *handeling* toekenning van schadeloosstelling mogelijk gemaakt. Aangezien aan vernietiging van een besluit, dat geen rechtshandeling is, een even “theoretische” betekenis moet worden gehecht als aan vernietiging van een materiële daad moet geconcludeerd worden niet alleen, dat de regering bij het tot stand komen van de ambtenarenwet met besluiten rechtshandelingen bedoelde, maar ook, dat die bedoeling in de wetstekst tot uitdrukking gekomen is.’

Voor de ontvankelijkheid maakt dit inmiddels geen verschil: een besluit dat geen rechtshandeling is, is te beschouwen als handeling. Er is wel een verschil inzake de mogelijkheid voor de Ambtenarenrechter om schadevergoeding toe te kennen (artikel 47, lid 3).

Bij de Wet Arbo is er ook op het punt van de schadevergoeding geen verschil: artikel 60 voorziet in de mogelijkheid daartoe bij besluiten en handelingen. Of iets een besluit of een handeling is in de zin van de Wet Arbo maakt dus noch voor de ontvankelijkheid noch voor de rechterlijke mogelijkheden iets uit. ‘Besluiten en handelingen’ is daar, juist als in de Ambtenarenwet, een aanduiding van alle overheidsverrichtingen samen.<sup>132</sup>

Tenslotte nog dit. De werkbaarheid van het openstellen van beroep tegen besluiten en handelingen in de Ambtenarenwet en de Wet Arbo brengt nog niet met zich mee dat in het algemeen - in de Wet Arbo - een dergelijk ruim beroep wenselijk zou zijn. Daarvoor is - de regering wees erop - veel studie nodig.<sup>133</sup> Dat kost tijd en die wilde de Arob-wetgever toen niet inruimen. Hij ging van Steenbeeks<sup>134</sup> gedachte uit: 'Laten wij eerst deze oogst binnenhalen, dan trachten wij later weer verder te komen.'

Voor een nadere precisering van deze gedachte keren wij nu terug naar het parlementaire debat over artikel 2 Wet Arbo.

Na de beschouwingen over het begrip besluit kwam de regering met twee praktische argumenten tegen uitbreiding van het voorgestelde beroep tegen beschikkingen:

- de grotere onzekerheid over de toename van de werklust voor het oordelend orgaan;
- de geruime extra tijd die nodig zou zijn de discussie op dit punt te voeren, terwijl men met de belangrijke wijzigingen op andere punten liever niet op de afloop van die discussie wilde wachten.

Van deze argumenten kan men zonder meer aannemen dat ze volstrekt legitiem zijn. De werklust zou vermoedelijk groter worden en het zou vermoedelijk langer gaan duren voor de Arob-regeling van kracht zou kunnen worden en dan is het een kwestie van 'rechtspolitiek' wat men doet.

Een kritische kanttekening is niettemin op zijn plaats. Wat is het verschil tussen grote onzekerheid en nog iets grotere onzekerheid? Het werklust-argument heeft met andere woorden een zeer betrekkelijke waarde. Men wist eenvoudig niet en kon ook niet weten wat er zou gebeuren. Zo ver onder de verwachting als het gebruik van de Babrechtsgang bleef, zo ver boven elke verwachting zou de Arob-rechtsgang worden gebruikt.

En dan het tweede argument. Wanneer men niet alles ineens goed wil doen is men sneller klaar. De mindere kwaliteit van het produkt wordt dan voor lief genomen. Vaak duurt het dan zeer lang voordat de beoogde verbetering (i.c. uitbreiding dan wel theoretische onderbouwing voor handhaving) tot stand komt en mogelijk leidt uitstel zelfs tot afstel.

Achteraf gezien kan men betreuren dat deze weg is ingeslagen o.a. - misschien vooral - omdat het beschikkingsbegrip zoveel afbakeningsproblemen met zich heeft meegebracht. Daarvan had de regering toen geen duidelijk idee - wie trouwens wel? - en dat mag bij de ver-

klaring en beoordeling van de gevolgde handelwijze dan ook geen (grote) rol spelen. Toch was er wel een voorbode van mogelijke problemen: de discussie omtrent de termen rechtsverhouding en rechtsgevolg, waarvoor de hulp van G.J. Wiarda werd ingeroepen.

De Raad van State gaf in zijn advies naar aanleiding van de Memorie van Antwoord II en de Nota van Wijzigingen I te kennen dat wanneer de aanvankelijk voorgestelde definitie niet zou worden gehandhaafd het volgens hem de voorkeur zou verdienen in het geheel geen definitie van beschikking op te nemen en beroep open te stellen tegen besluiten. Dit om redenen die ook in het Voorlopig Verslag II naar voren waren gebracht. Zou toch aan een definitie worden vastgehouden dan, zo stelde de Raad voor, zou deze kunnen luiden: 'Onder beschikking verstaat deze wet de schriftelijke bestuursbeslissing, waardoor enig rechtsgevolg ontstaat, dan wel inhoudende de weigering zodanig rechtsgevolg te doen ontstaan. Geen beschikking in de zin van deze wet is:

- a een besluit van algemene strekking;
- b een rechtshandeling naar burgerlijk recht.'

Deze tekst werd door de Bijzondere Commissie ook als amendement ingediend.<sup>135</sup>

Nadat duidelijk was geworden in het Nader Rapport over het advies van de Raad van State over de Memorie van Antwoord II en de Nota van Wijzigingen I dat de minister er niet aan wilde helemaal geen definitie op te nemen - dat zou te ingrijpend zijn en veel tijd voor nader overleg vergen - spitste de discussie zich toe op het alternatief van de Raad van State en de Bijzondere Commissie. Op de vervanging van besluit door bestuursbeslissing en het weglaten van de woorden 'van een administratief orgaan' had Minister van Justitie Van Agt bezwaren van tekstuele aard: de band met respectievelijk artikel 2, lid 2 en artikel 1 zou door aannemen van het amendement verloren gaan. Dit leverde verder geen problemen op, de visie van de minister werd aanvaard. De wijziging van 'gericht op de vaststelling enz.' door 'waarvoor enig rechtsgevolg ontstaat enz.' wees de minister af vanwege de inconsistentie in de tekst van het amendement die ten aanzien van weigeringen sprak over *doen* ontstaan van rechtsgevolgen. 'De elementen van de zinsnede "waardoor enig rechtsgevolg ontstaat" en "inhoudende de weigering zodanig rechtsgevolg te doen ontstaan" zijn geen zuivere complementen van elkaar', zo merkte hij op.<sup>136</sup> Ook was niemand duidelijk welke betekenis de vervanging van de term rechtsverhouding door rechtsgevolg had, ofschoon enige kamerleden - zonder 'bewijsvoering' - stelden dat het laatste begrip ruimer is.<sup>137</sup>

Gezien de onduidelijkheden in het amendement - ook het advies van de Raad van State was op het punt van het rechtsgevolg onduidelijk, want ongemotiveerd - en de vrees bij de minister dat een al te grote verruiming van het beschikkingsbegrip querulanterie met zich zou meebrengen werd besloten tot nader beraad.

Aan G.J. Wiarda, wegbereider voor het Ontwerp-Arob en President van de Hoge Raad, werd gevraagd het verlossende woord te spreken. In zijn brief van 12.11.1974 aan de Minister van Justitie<sup>138</sup> verklaarde Wiarda zich tegenstander van het amendement, waar dit spreekt van een bestuursbeslissing, *waardoor enig rechtsgevolg ontstaat*. Dit zou het rechtshandelingskarakter van de beschikking miskennen, omdat dan een besluit dat niet op rechtsgevolg is gericht, maar wel, bijvoorbeeld omdat het een onrechtmatige daad is, rechtsgevolg heeft, een beschikking zou zijn. De voorstellers van het amendement hadden deze uitbreiding immers ook niet bedoeld? Dat de Arob-beschikking rechtshandeling zou moeten zijn, evenals de Bab-beschikking, had geen moment ter discussie gestaan. Of men vervolgens de formule 'gericht op de vaststelling, de wijziging . . . enz.' dan wel de formule 'gericht op enig rechtsgevolg' gebruikt, maakte volgens Wiarda niets uit, wanneer de term rechtsverhouding maar ruim genoeg werd uitgelegd. Dit was in de Bab-jurisprudentie ook gebeurd. Ook beschikkingen ten aanzien van objecten met een ruimere kring van belanghebbenden waren bij een ruime uitleg van 'rechtsverhouding' mogelijk.<sup>139</sup> De opvatting van Wiarda werd door Kamer en regering voor de juiste gehouden. De weigering om een beschikking te geven werd vervolgens in artikel 3 gelijkgesteld met een beschikking.

Ondanks de tevredenheid over de kortere, meer heldere en ruimere definitie van beschikking dan die uit de Wet Bab bleven interpretatiedubia mogelijk, zo stelde de PvdA-fractie in de Eerste Kamer, daarin bijgevalen door de regering (Memorie van Antwoord I). Dit zou maar al te waar blijken.

De opvattingen in de literatuur bij de inwerkingtreding van de Wet Arob omtrent de reikwijdte van artikel 2 waren verschillend. J. in 't Veld bijvoorbeeld meende: 'Niet-ontvankelijk-verklaring op grond, dat een besluit niet aan de omschrijving van "beschikking" voldoet, zal nu waarschijnlijk niet veel meer voorkomen.'<sup>140</sup>

We weten inmiddels beter. Met betrekking tot het beweerde beschikkingskarakter van de politiedwangwaarschuwing stelde Van Buuren: 'Men kan onmogelijk in de schriftelijke waarschuwing voorafgaande aan de politiedwang, een beschikking zien.'<sup>141</sup> Het onmogelijke is mogelijk gebleken.



De bron van een mogelijk verwarrende jurisprudentie op het stuk van de ontvankelijkheid werd veelal gezien in de beperking van het beroep tot beschikkingen. Van Buuren nogmaals: 'Hier wreekt zich het werken met het beschikkingsbegrip in plaats van het veel ruimere besluiten (en handelingen).'<sup>142</sup> En Van Kreveld<sup>143</sup>: 'Wanneer men echter dogmatisch te werk gaat, laat men het dan wel zuiver doen teneinde bij de toepassing van de wet onduidelijkheid en misverstanden te vermijden.' Ook Stellinga meende dat het Arob-beschikkingsbegrip, juist als het Bab-beschikkingsbegrip, voor narigheid zou zorgen.<sup>144</sup>

## 2.4 Elementen van de Arob-beschikking

In deze paragraaf wordt een overzicht gegeven van de elementen van de Arob-beschikking, die al dan niet expliciet in de definitie van artikel 2 zijn opgenomen. Op de elementen die in volgende hoofdstukken een zelfstandige en omvangrijke behandeling krijgen - besluit, gericht op enig rechtsgevolg, voor concrete gevallen, geen rechtshandeling naar burgerlijk recht<sup>145</sup> - zal in deze paragraaf slechts uiterst summier worden ingegaan, bij wijze van inleiding. Achtereenvolgens komen aan de orde:

- 1 Besluit
- 2 Administratief orgaan
- 3 Schriftelijk
- 4 Gericht op enig rechtsgevolg
- 5 Voor concrete gevallen (geen besluit van algemene strekking)
- 6 Geen rechtshandeling naar burgerlijk recht
- 7 Eenzijdig
- 8 Naar buiten gericht
- 9 Weigering (artikel 3)

### 2.4.1 *Besluit*

In de doctrine is het beschikkingsbegrip niet beperkt tot besluit, ook andere handelingen kunnen een beschikking opleveren. (Vergelijk de aanwijzing ten behoeve van het verkeer door de politie-agent.) In de Wet Arob is de beschikking verengd tot besluit. Vervolgens is het nog altijd zeer ruime begrip besluit ingeperkt tot beschikking<sup>146</sup>, tot besluit gericht op enig rechtsgevolg; een beschikking in de zin van de Wet Arob is dus een bepaald soort besluit.

Ofschoon andere handelingen dan besluiten geen Arob-beschikking

kunnen zijn, is het goed te bedenken, dat aan vele handelingen een - officieel - besluit ten grondslag ligt, dat eventueel wel een beschikking is. De term besluit verdiende volgens de regering<sup>147</sup> de voorkeur boven wilsverklaring (zoals in artikel 2 Wet Bab), vanwege de aansluiting met lid 2 waar sprake is van besluiten van algemene strekking. Deze wijziging was niet van inhoudelijke aard. Voor een diepgaander bespreking van het begrip besluit - ook in verhouding tot het begrip handeling - zie § 1.3.4 'Besluiten en handelingen'.

#### 2.4.2 *Administratief orgaan*

Artikel 1 Wet Arob geeft aan wat onder een administratief orgaan in de zin van deze wet moet worden verstaan:

'1 Onder administratief orgaan verstaat deze wet iedere persoon en ieder college, met enig openbaar gezag binnen Nederland bekleed, uitgezonderd:

- a de wetgevende macht;
- b de Kamers der Staten-Generaal;
- c de Algemene Rekenkamer;
- d de rechterlijke macht;
- e overige personen of colleges, geheel of ten dele met rechtspraak belast en te dien aanzien van het openbaar bestuur onafhankelijk voor zoveel het deze rechtspraak betreft;
- f de Octrooiraad en de Raad voor het Kwekersrecht;
- g organen van openbare lichamen voor beroep en bedrijf, als bedoeld in Hoofdstuk V van de Grondwet;
- h organen, op wier handelingen de rechterlijke macht toeziet en wel voor zover het deze handelingen betreft;
- i de Nationale ombudsman.

2 Onder de organen, in het vorige lid onder b tot en met h bedoeld, zijn begrepen de voorzitters, de leden, de commissies uit hun midden, de griffiers en de secretarissen.'

Uiteraard is deze aanduiding van belang voor de vraag wat onder een beschikking in de zin van de Wet Arob moet worden verstaan, omdat artikel 2 eist dat een besluit afkomstig is van een administratief orgaan wil het als Arob-beschikking beschouwd kunnen worden. Anderzijds is het belang minder groot dan het wellicht lijkt. Een beschikking is een publiekrechtelijk besluit gericht op rechtsgevolg, zo blijkt uit artikel 2. Voor het nemen van een dergelijk besluit moet een wettelijke grondslag bestaan, behalve bij subsidies, althans een pu-

blikrechtelijke grondslag (in bepaalde gevallen blijkt de overheids-taak als zodanig te kunnen fungeren). Wanneer een persoon of college (of instelling)<sup>148</sup> een dergelijke bevoegdheid heeft is deze reeds daarom met enig openbaar gezag bekleed. Zo'n persoon of college kan ook andere publiekrechtelijke bevoegdheden hebben en uit dien hoofde ook anderszins met openbaar gezag zijn bekleed, maar dat is voor de toepasselijkheid van de Wet Arob niet relevant. In die zin kan dan ook van een cirkelredenering worden gesproken.<sup>149</sup> Met het oog op artikel 2 is alleen dat openbaar gezag van belang dat beschikkingsbevoegdheid inhoudt. Artikel 1 heeft echter ook een functie geliet op artikel 7 j° artikel 4 en in dat geval is er van een cirkelredenering natuurlijk geen sprake.

Het belang van artikel 1 schuilt daarom voornamelijk in de opsomming van uitgezonderde organen, inclusief de in lid 2 bedoelde personen. Deze organen moeten in staat worden geacht besluiten te nemen die overigens voldoen aan het beschikkingsvereiste, maar de beschikkingen van deze organen zijn niet voor Arob-beroep vatbaar. Staat een besluit van zo'n orgaan ter beoordeling, dan is het beroep reeds daarom niet ontvankelijk en hoeft niet meer te worden nagegaan of het besluit overigens een beschikking is. Zou het anders zijn, dan zou deze opsomming ook elke grond missen.

Of een beschikking door een 'uitgezonderd orgaan' is genomen is een vraag die aldus op één lijn te stellen valt met die welke beschikkingen door de artikelen 5 en 6 van Arob-beroep worden uitgezonderd en verdient daarom in het kader van dit onderzoek geen verdere behandeling.

Wel moeten nog enkele opmerkingen worden gemaakt over de verhouding tussen de artikelen 1 en 2, zoals deze in de Arob-jurisprudentie gestalte heeft gekregen. Die verhouding is er een van verwevenheid. Enerzijds wordt een orgaan een administratief orgaan genoemd omdat het beschikkingsbevoegd is, anderzijds wordt het ontbreken van een beschikking aangenomen wanneer het orgaan geen administratief orgaan in de zin van de Wet Arob is. Enkele voorbeelden illustreren dit.

Het verlenen van een machtiging ingevolge de Beschikking installatievoorschriften tachograaf (Stcrt. 11.3.1974, nr. 49) heeft volgens de Afdeling geen publiekrechtelijke grondslag, maar vindt zijn grondslag in 'overwegingen van particulier bedrijfsbeleid van de desbetreffende importeur of fabrikant' (Taxametercentrale BV) en is daarom dus geen beschikking. De Afdeling echter trekt niet deze conclusie maar een andere, namelijk dat Taxametercentrale BV geen admini-

stratief orgaan is. (Afd.R. 14.6.1978, tB/S I, p. 31).

De Stichting Nationale Commissie Voorlichting en Bewustwording Ontwikkelingssamenwerking (NCO) is een administratief orgaan nu zij 'uitvoering geeft aan een taak, welke de overheid zich heeft aange trokken en . . . deze uitvoering . . . met overheids gelden wordt bekostigd,' (Afd.R. 27.1.1983, tB/S V, 294). Typisch een overweging om het aannemen van een beschikking te motiveren (zie hierover uitgebreid in hoofdstuk 4), maar ze wordt hier gebruikt om het zijn van administratief orgaan te verklaren. In dezelfde zin inzake NCO reeds Vz.Afd.R. 19.3.1981, AB 1982, 411, tB/S I, 19. Identieke overwegingen zijn te vinden ten aanzien van de Stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor de Landbouw (Afd.R. 13.6.1978, tB/S I, p. 26). Een dergelijke overheidstaak wordt volgens de Afdeling blijkbaar niet uitgeoefend door de Stichting Fonds voor de Letteren (Afd.R. 7.4.1978, AB 474). Het verstrekken van stipendia en additionele honoraria, met als doel het bevorderen van de Nederlandse letteren, kan niet als uitoefening van enig openbaar gezag worden beschouwd. Wel is er materiële verwantschap met subsidiëring, maar omdat de Stichting hoogst zelfstandig werkt - de minister heeft geen enkele bemoeienis met de besluitvorming, bij de benoeming van bestuursleden is hij gebonden aan voordrachten van diverse instellingen op letterkundig gebied - en de geldmiddelen ook uit particuliere kassen komen is er toch reden hier niet van overheidssubsidies en dus niet van beschikkingen te spreken.<sup>150</sup>

Het bekleed zijn met openbaar gezag vindt zijn grondslag primair in wettelijke bepalingen. Is er een wettelijke bepaling die het orgaan zekere bevoegdheden verleent, dan is het - tenzij uitgezonderd - administratief orgaan. Zie bijvoorbeeld Vz.Afd.R. 24.3.1981, AB 286 inzake de Secretaris van de Raad van State. Ook een andere bevoegdheid dan beschikkingsbevoegdheid kan een orgaan administratief doen zijn, dit is met name voor de artikelen 7<sup>j</sup> 4 van belang. Louter adviserende bevoegdheid is echter geen gezagsbevoegdheid, zoals de Consulent Natuurbehoud bij het Staatsbosbeheer te Zwolle kreeg te horen (Vz.Afd.R. 14.4.1981, tB/S I, 21). De verwevenheid van het administratief orgaanbegrip en het beschikkingsbegrip blijkt duidelijk bij een uitspraak inzake de Centrale Overleggroep Gehandicapten. Deze is slechts bevoegd tot informele klachtenbehandeling, kan dus geen beschikkingen nemen. De rechter concludeert vervolgens: 'Het bestreden schrijven (van de Overleggroep, F.M.) is dan ook niet een op rechtsgevolg gericht besluit van een administratief orgaan . . .' (Wnd.Vz.Afd.R. 31.8.1979, tB/S I, 15). En waar het be-

roep tegen een bestuursdwangwaarschuwing van het bestuur van een woningbouwvereniging niet-ontvankelijk is, omdat dit bestuur geen administratief orgaan is (Vz.Afd.R. 5.5.1977, tB/S I, p. 3) zou ook kunnen worden overwogen, dat nu dit bestuur bedoelde bevoegdheid mist er niet van een op rechtsgevolg gericht besluit kan worden gesproken.

Tenslotte nog twee uitspraken waarin wordt bevestigd dat het zijn van administratief orgaan gekoppeld is aan het bezit van publiek-rechtelijke bevoegdheden, zodanig dat een orgaan ook alleen voor zoveel het de uitoefening van die bevoegdheden betreft administratief orgaan is.<sup>151</sup> Ik heb het oog op een uitspraak betreffende de Nederlandsche Bank NV: 'Ook al kan verweerster handelen als een administratief orgaan in de zin van artikel 1 Wet Arob, in het onderhavige geval heeft verweerster geweigerd aan voormeld verzoek van appellanten te voldoen in haar hoedanigheid van uitgever van burgerrechtelijke promessen aan toonder.' (Afd.R. 15.1.1981, AB 1982, 39). En wanneer een orgaan met enig openbaar gezag bekleed is kan het - als het daartoe al bevoegd is - ook alleen maar voor zover het dat is beschikkingen nemen en van haar Arob-beroepsrecht gebruik maken. Voor dit laatste is instructief de uitspraak Wnd.Vz.Afd.R. 1.9.1982, tB/S IV, 84 inzake het beroep ingesteld door een gemeentelijke commissie, waaraan de behartiging van het in geding zijnde belang niet was toevertrouwd, gelet op het beperkte haar verleende openbaar gezag.

### 2.4.3 *Schriftelijk*

De eis van schriftelijkheid is door de wetgever aan het doctrinaire beschikkingsbegrip toegevoegd om bewijsredenen. Dit wordt weliswaar nergens met zoveel woorden gesteld, maar het zonder meer overnemen van deze eis uit de Wet Bab rechtvaardigt deze stelling wel. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet Bab ter toelichting het volgende.

In de Memorie van Toelichting werd gesteld dat geen beroep mogelijk zou zijn tegen mondelinge beschikkingen omdat zulks 'niet wel denkbaar zou zijn'.<sup>152</sup> Op de vraag in het Voorlopig Verslag II<sup>153</sup> welk principieel onderscheid er tussen mondelinge en schriftelijke beschikkingen bestaat luidde het antwoord, dat dergelijk verschil niet bestond, maar dat sommige mondelinge beschikkingen niet schriftelijk kunnen worden gegeven.<sup>154</sup> Dit laatste moge praktisch gesproken

juist zijn, theoretisch kan elk besluit op schrift worden weergegeven. Men verwarre echter het besluit, i.c. de beschikking, vooral niet met de (schriftelijke) vorm van het besluit, het schriftelijke stuk. Steenbeek heeft daarover uiterst helder en uitputtend geschreven.<sup>155</sup> Men moet de Memorie van Antwoord dan ook zo lezen, dat het bij sommige beschikkingen praktisch ondoenlijk is een rechtsgang te organiseren. Waar deze theoretisch nog mogelijk is wordt hij niet gewenst door de praktische moeilijkheden. Deze liggen nu met name in de sfeer van het bewijs. Over een niet op schrift gestelde beschikking kan de rechter zich moeilijk een juist beeld vormen. Anderzijds kan ook niet altijd worden verlangd dat een besluit op schrift wordt gesteld. Waar een beschikking niet op schrift is gesteld en ook niet hoeft te zijn<sup>156</sup> heeft de wetgever geen rechtsgang gewenst, eerst de Bab-wetgever en, naar wij moeten aannemen, in navolging van deze ook de Arob-wetgever.

Inmiddels stelt de wetgever voor de weigering (artikel 3) niet de eis van schriftelijkheid. Dit lijkt merkwaardig, omdat zich daar dezelfde bewijsproblemen zouden kunnen voordoen. Een administratief orgaan echter dat ontkent een beschikking te weigeren kan eenvoudig worden gevraagd dit aan te tonen door het bestaan van een beschikking ter zake te bewijzen. Een omkering van de bewijslast dus, die ook volkomen gerechtvaardigd is gezien het gemak waarmee het beschikkende orgaan zijn standpunt hard kan maken, wanneer er inderdaad geen weigering is. Het bewijs door het op tafel leggen van het schriftelijke stuk kan dan leiden tot een beoordeling van de kennelijk wél genomen beschikking.

Een ander argument voor het niet opnemen van de eis van schriftelijkheid in artikel 3 wordt wel gezien in het feit dat, ware dit anders, het administratieve orgaan zich aan Arob-toetsing zou kunnen onttrekken door de beschikking niet op schrift te stellen. In dat geval echter kan van een fictieve weigering worden gesproken (die per definitie niet schriftelijk is), zodat beoordeling van het overheidsoptreden door de Arob-rechter toch mogelijk is.<sup>157</sup>

Wanneer is aan de eis van schriftelijkheid voldaan? Gezien de bewijsfunctie is het redelijk die eis niet strikter op te vatten dan voor zijn functie nodig is. Steenbeeks antwoord op gestelde vraag luidt: '... als door de schriftuur het bestaan en de inhoud van de beschikking voldoende kunnen worden bewezen'.<sup>158</sup> Ik kan met deze zienswijze instemmen. Uit de jurisprudentie blijkt dat de Arob-rechter schriftelijkheid ruim opvat. Voldoende is dat het besluit uit een

schriftelijk stuk kenbaar is (Afd. R. 29.12.1976, tB/S V, p. 9).<sup>159</sup> Daaruit blijkt nog eens heel sterk de bewijsfunctie. Publikatie in een plaatselijk blad kan (afhankelijk van het blad) voldoende zijn voor de kenbaarheid; het 'stuk' is dan het deel van het blad waarop de mededeling van het besluit is afgedrukt. (Wvd.Vz.Afd.R. 8.11.1976, tB/S V, p. 20). Wanneer ter vergadering een besluit wordt genomen gelden de notulen als schriftelijke weergave daarvan. Men dient zo'n besluit dan ook pas aan te vallen wanneer de schriftelijke vormgeving, in casu de vaststelling van de notulen, een feit is, op straffe van niet-ontvankelijkheid. (Afd.R. 19.2.1985, AB 402).<sup>160</sup> Het besluit tot het vaststellen van de notulen als zodanig echter doet geen rechten en verplichtingen ontstaan en wordt dan ook niet als beschikking aangemerkt (Afd.R. 19.2.1985, AB 401).

In diverse uitspraken is overigens sprake van een dooreenlopen van het element schriftelijkheid en andere elementen zoals het 'gericht zijn op enig rechtsgevolg' en het 'naar buiten werken' (zie Wvd. Vz. Afd. R. 20.1.1978, tB/S V, p. 216). Wanneer een van de andere elementen niet aanwezig is, werkt het soms verwarrend daarbij in één adem het punt van de schriftelijkheid te noemen, bijvoorbeeld door te spreken van het ontbreken van een schriftelijk besluit, gericht op enig rechtsgevolg, terwijl er weliswaar een schriftelijk stuk is, dat hetzij niet als besluit kan worden aangemerkt, hetzij wel als besluit, maar niet als één gericht op enig rechtsgevolg.

#### 2.4.4 *Gericht op enig rechtsgevolg*

Deze korte omschrijving verving de veel langere - maar niet wezenlijk andere - van de Wet Bab. Het 'gericht op' is gebleven en de ingewikkelde passage 'de vaststelling, de wijziging of de opheffing van een bestaande rechtsverhouding of het scheppen van een nieuwe rechtsverhouding' is vereenvoudigd tot 'enig rechtsgevolg'. De verandering van rechtsverhouding naar rechtsgevolg is niet wezenlijk wanneer rechtsverhouding ruim wordt opgevat, hetgeen de Kroon in haar Bab-jurisprudentie ook deed.

Het 'gericht op' geeft aan dat we te maken hebben met een rechtshandeling: het is niet voldoende dat met het besluit een rechtsgevolg is gegeven, het besluit moet op een rechtsgevolg zijn gericht. De grote moeilijkheid is te bepalen wanneer zich het ene dan wel het andere geval voordoet. Aan deze problematiek is een deel van de hoofdstukken 1 en 3 gewijd. Het rechtsgevolg is niet nader aangeduid: 'enig', welk dan ook, is genoeg.

#### 2.4.5 *Voor concrete gevallen (geen besluit van algemene strekking)*

De Wet Arob drukt het concrete karakter van de beschikking uit door besluiten van algemene strekking uit te zonderen. Hiertoe behoren uiteraard de wetten in materiële zin, maar bijvoorbeeld ook besluiten tot goedkeuring of vernietiging van dergelijke wetten. Aan deze besluiten kan een concreet element niet worden ontzegd, maar vanwege hun verbondenheid met de onderliggende besluiten worden ze daarmee door de wetgever op één lijn gesteld. Dit is ook noodzakelijk om te vermijden dat Arob-beroep tegen wetten in materiële zin langs een omweg kan worden ingesteld. De omschrijving is gelijk aan die van de Wet Bab. Een groot probleem ten aanzien van het begrip besluit van algemene strekking ligt besloten in de vraag of de algemeenheid op de adressaten slaat of op het object respectievelijk de objecten waarop het besluit betrekking heeft, dan wel op adressaten en objecten. Van groot belang is tevens, dat de samenhang van elementen van een besluit dat besluit een algemene strekking kan geven. Zie verder hoofdstuk 5.

#### 2.4.6 *Geen rechtshandeling naar burgerlijk recht*

Kon men in de tot nu toe behandelde elementen bouwstenen voor het beschikkingsbegrip zien - waarbij de opbouw van artikel 2 zo is dat lid 1 een te ruime omschrijving geeft waarvan in lid 2 sub a wat wordt afgehaald - artikel 2, lid 2 sub b is van een andere orde. Lid 1 en lid 2 sub a vullen elkaar aan, omdat een besluit niet tegelijk wel van algemene strekking en niet van algemene strekking kan zijn: elk besluit dat onder lid 2 sub a valt is *dus* geen beschikking. Anders ligt dit bij artikel 2, lid 2 sub b, omdat een besluit wel degelijk tegelijk een 'beschikking' (in de zin van de doctrine) en een rechtshandeling naar burgerlijk recht kan zijn. Nu kan de wetgever natuurlijk veel bepalen, maar lost hij daarmee problemen op of schept hij ze juist?

Hij heeft met artikel 2, lid 2 sub b niet meer willen aangeven dan dat beschikkingen op publiekrechtelijke bevoegdheden moeten berusten (al dan niet gebaseerd op specifieke voorschriften). Maar besluiten gebaseerd op een publiekrechtelijke bevoegdheid kunnen heel wel gericht zijn op rechtsgevolgen die door privaatrecht beheerst worden, bijvoorbeeld de betalingsplicht die ontstaat na een publiekrechtelijke heffing. De Afdeling rechtspraak spreekt ook herhaaldelijk van besluiten die mede inhouden een rechtshandeling gericht op andere dan burgerrechtelijke rechtsgevolgen.<sup>161</sup> Problematisch is voorts de



grondslag van de beschikkingsbevoegdheid, die ook niet-wettelijk blijkt te kunnen zijn. Het onderscheid beschikking - rechtshandeling naar burgerlijk recht vormt door dit alles misschien wel het moeilijkste vraagstuk waarvoor de rechter zichzelf geplaatst ziet en waarvoor hij - door zijn interpretatie - op zijn beurt anderen geplaatst heeft. Zie verder hoofdstuk 4.

#### 2.4.7 *Eenzijdig*

Aan het schrappen van het woord eenzijdig uit de Bab-definitie is nauwelijks aandacht besteed. In het Verslag van het 1e Mondeling Overleg tussen de minister en de Bijzondere Commissie wordt vermeld dat de minister begint een samenvatting te geven van 'wijzigingen die (. . .) waren aangebracht om tegemoet te komen aan het verlangen van de commissie naar vereenvoudiging'. De minister noemt daarbij - zonder commentaar - de schrappingen van 'eenzijdig' en 'naar buiten gericht'. Hij noemt echter ook de schrapping van de eis dat een staats- of administratiefrechtelijk voorschrift moet kunnen worden aangewezen! En dat was niet alleen vereenvoudiging, maar tevens verruiming. Over dit punt was echter in ruime mate gediscussieerd, over 'eenzijdig' en 'naar buiten gericht' geenszins. Op grond daarvan lijkt het niet verdedigbaar te stellen dat de Arob-beschikking niet eenzijdig zou hoeven te zijn. Men kan een dergelijke wijziging toch niet aannemen wanneer daarover geen woord is gezegd! Konijnenbelt maakte daar aanvankelijk geen probleem van: hij meende dat nu het woord 'eenzijdig' niet meer in de definitie was opgenomen ook tegen niet-eenzijdige besluiten Arob-beroep mogelijk zou zijn.<sup>162</sup> In de vijfde druk van de Hoofdstukken van administratief recht is hij daarop echter teruggekomen.<sup>163</sup>

Afgezien van het feit dat voor een meerzijdige handeling als de overeenkomst het woord beschikking vreemd aandoet en het feit dat in de doctrine het beschikkingsbegrip vrijwel steeds met eenzijdigheid wordt verbonden<sup>164</sup>, kan men de eenzijdigheidseis alleen al niet laten vallen omdat artikel 2 Wet Arob spreekt van 'een schriftelijk besluit van een administratief orgaan'. Hoe men zich de - tweezijdige - overeenkomst als besluit van een administratief orgaan kan voorstellen ontgaat mij.

Donner tenslotte meent dat de tegenstelling 'eenzijdige' beschikking - 'tweezijdige' overeenkomst bezig is te verflauwen. 'De beschikking wordt in het raam gezet van een mens-omvattende rechtsbetrekking

tussen bestuur en bestuurde; zij moet worden beoordeeld naar de 'opgewekte verwachtingen', naar de beginselen van zorgvuldigheid en fair play en zo krijgt zij allengs een tweezijdig karakter.'<sup>165</sup>

Donner spreekt hier echter van een andere tweezijdigheid, namelijk die met betrekking tot de inhoud: die wordt feitelijk niet (meer) alleen bepaald door de overheid. 'Haar inhoud wordt niet meer alleen bepaald aan de hand van wat de beschikkende autoriteit wilde en bedoelde, maar mede aan de hand van wat de "onderdaan" mocht verwachten en mocht begrijpen.'<sup>166</sup> Dit neemt echter niet weg dat de beslissingsbevoegdheid een eenzijdige blijft en dat voor de vraag naar de ontvankelijkheid in Arob-beroep de beschikking als eenzijdig moet worden beschouwd, hoe zijn inhoud dan ook tot stand is gekomen respectievelijk moet worden uitgelegd.

#### 2.4.8 *Naar buiten gericht*

Ook aan het schrappen van de woorden 'naar buiten gericht' is geen aandacht besteed in de stukken, ook hier moet worden geconcludeerd tot de afwezigheid van een inhoudelijke verandering ten opzichte van artikel 2 Wet Bab.

Steenbeek had in zijn commentaar op de Wet Bab<sup>167</sup> al aangegeven dat deze woorden overbodig waren: het ambt beschikt per definitie ten aanzien van iets of iemand buiten zichzelf. Dit hoeft niet buiten de overheid te zijn, zelfs niet buiten het overheidslichaam waartoe het ambt behoort.<sup>168</sup> Artikel 4 Wet Arob veronderstelt ook de mogelijkheid van Arob-beroep voor overheidsorganen. Het zou wel vreemd zijn wanneer overheidsorganen wel derden-belanghebbenden zouden kunnen zijn maar geen geadresseerden. Dat het ambt beschikt ten aanzien van buiten zichzelf gesitueerde adressaten roept de vraag op naar de omvang van het ambtsbegrip. Vallen in dit verband de aan het ambt ondergeschikte ambtenaren onder het ambt, in die zin dat beslissingen ten aanzien van die ambtenaren niet naar buiten werken als bedoeld in artikel 2 Wet Bab? Ik meen dat een zinvolle uitleg van de woorden 'naar buiten gericht' om een bevestigend antwoord vraagt. Interne bevelen en instructies zijn om die reden geen beschikkingen. Steun voor deze opvatting bieden twee uitspraken, één van de Kroon en één van de Afdeling rechtspraak.

De Kroon verklaarde een klager niet-ontvankelijk in een beroep tegen een instructie door de Staatssecretaris van Financiën aan enige belastinginspecteurs klager een bepaalde periode niet als vertegenwoor-

diger te accepteren. De Kroon meende dat hier geen sprake was van een naar buiten gerichte schriftelijke wilsverklaring omdat het schrijven van de staatssecretaris slechts een zienswijze bevatte 'aangaande toepassing van de ingevolge artikel 41, derde lid van de Algemene wet inzake rijksbelastingen aan de betrokken inspecteurs toekomende bevoegdheid (. . .) op grond van de tussen de Staatssecretaris en de bedoelde inspecteurs bestaande interne verhouding . . .'. (KB 28.6.1968, nr. 43, K/vM jur.besch. p. 55).

Dat de weigering van de Staatssecretaris van Economische Zaken om een Kamer van Koophandel te machtigen een bedrijfsruimteverklaring te verstrekken aan klager wel als naar buiten werkend werd beschouwd is consequent, omdat de Kamer van Koophandel geen ondergeschikte van de staatssecretaris is. De Kroon voerde echter als argument voor het naar buiten werken aan dat de staatssecretaris de Kamer van Koophandel had verzocht deze beslissing aan klager mee te delen! (KB 11.7.1969, nr. 32, K/vM jur.besch. p. 68).

Nu de uitspraak van de Afdeling (Afd.R. 20.1.1978, tB/S V, p. 219). Het besluit van de gemeenteraad tot het doen verrichten van werkzaamheden is geen beschikking (onder meer) 'daar, gezien vanuit het oogpunt van de verhouding tussen overheid en burgers, de bevoegdheid tot het verrichten van meerbedoelde werkzaamheden niet afhankelijk is van een besluit als hier aan de orde'. Natuurlijk zijn de uitvoerders van de werkzaamheden pas bevoegd die werkzaamheden te verrichten na een daartoe strekkend raadsbesluit, maar dit regardeert niet de verhouding overheid - burger en is derhalve niet naar buiten gericht, zo begrijp ik deze overweging. Hierbij moet worden aangetekend, dat de Afdeling een vrij grove benadering volgt met de dichotomie overheid - burger. Het komt dagelijks voor dat ambtenaren bevoegdheden krijgen feitelijke handelingen te verrichten. Voor zover van machtigingen en opdrachten in de ambtelijke sfeer sprake is, lijkt me het niet aannemen van een beschikking gerechtvaardigd vanwege het niet naar buiten werken, niet echter omdat dergelijke beslissingen geen rechtsgevolgen zouden kunnen hebben.<sup>169</sup> Anderzijds: heeft een beslissing geen rechtsgevolgen dan is ze reeds daarom geen beschikking en doet het wel of niet naar buiten werken er niet meer toe. Zo kan men stellen dat het vaststellen van een beleidsnota niet naar buiten werkt (Afd.R. 26.8.1977, AB 421), voldoende voor het niet aannemen van een beschikking is dat zo'n nota geen rechtsgevolgen doet ontstaan.

Ook een beginsel-verklaring van de gemeenteraad waarbij hij in principe akkoord gaat met een voorstel van B & W heeft geen rechtsge-

volgen. (Wvd.Vz.Afd.R. 20.1.1978, AB 315). Dat deze verklaring als een wilsverklaring - in de verhouding raad - B & W - kan worden gezien zou voor haar eventuele beschikkingskarakter slechts betekenis hebben indien B & W de raad juridisch aan zijn principe-akkoord zouden kunnen binden, quod non.

Tenslotte: wanneer er wel een beschikking is, een naar buiten werkende rechtshandeling dus, dan is het tijdstip van naar buiten komen van belang, dit is het tijdstip waarop het beschikkende orgaan niet meer op zijn beslissing kan terugkomen, 'de besluitvorming ter zake van het al dan niet doen intreden van rechtsgevolg' is voltooid. (Zie Vz.Afd.R. 21.11.1979, AB 1980, 354 en Afd.R. 13.7.1984, tB/S V, 350). Dan pas begint ook de termijn voor bezwaar of beroep te lopen.

#### 2.4.9 *Weigering (artikel 3)*

##### 2.4.9.1 *De expliciete weigering*

Artikel 3 Wet Arob luidt: 'Met een beschikking wordt een weigering om een beschikking te geven gelijk gesteld. Het administratief orgaan wordt geacht het geven van een beschikking te hebben geweigerd, wanneer de wettelijk gestelde termijn voor het nemen van een beschikking is verstreken, zonder dat een beschikking is gegeven of - bij het ontbreken van zulk een termijn - wanneer niet binnen redelijke tijd een beschikking is gegeven.'

De eerste volzin maakt ook Arob-beroep tegen andere handelingen dan beschikkingen mogelijk. Dit is systematisch misschien niet fraai, maar wel noodzakelijk wil men de Arob-rechtsbescherming niet tot een farce maken. Juist als een overheidsorgaan weigert (expliciet of fictief) een besluit te nemen zal de burger van de rechter willen horen of dit mocht en of het orgaan alsnog gedwongen kan worden te beschikken. De weigering *is* geen beschikking, maar wordt daarmee 'gelijk gesteld': niet inhoudelijk, maar processueel.

In artikel 2 Wet Bab was opgenomen dat onder beschikking ook een wilsverklaring inhoudende een weigering viel te verstaan, anders gezegd: ook afwijzende besluiten konden beschikkingen zijn. Het zal duidelijk zijn dat juist bij besluiten die het door de burger gevraagde weigeren de behoefte aan rechtsbescherming groot zal zijn. In artikel 2 Wet Arob wordt gesproken over besluiten, gericht op enig rechtsgevolg en in artikel 3 over de weigering om überhaupt een besluit te nemen. In geen van beide gevallen is sprake van een besluit, houdende een weigering (van het gevraagde). In een zeer laat stadium van de

parlementaire behandeling zijn de woorden 'inhoudende een weigering' uit artikel 2 verdwenen<sup>170</sup>, waarna ze ook in artikel 3 geen functie meer konden hebben.<sup>171</sup> Deze verdwijning kan niet anders dan ondoordacht teweeg zijn gebracht.

Steenbeek meent dat een besluit houdende een weigering dan maar moet worden opgevat als een weigering een 'positief' besluit te nemen en via artikel 3 appellabel is.<sup>172</sup> Hessel zoekt de oplossing in een veruiming van het begrip rechtsgevolg: niet een verandering in de wereld van het recht maar een betreden daarvan is voldoende om van rechtsgevolg te spreken.<sup>173</sup> Zijn redenering is de volgende. In artikel 2 Wet Bab werd gesproken over beschikkingen die wel een rechtsgevolg (in de gebruikelijke zin) teweeg brachten en die dit niet deden (de besluiten, houdende een weigering) ofwel rechtshandelingen en feitelijke handelingen. Artikel 2 Wet Arob doet dit niet, maar laat vervolgens de besluiten houdende een weigering helemaal buiten beschouwing, hetgeen volgens Hessel een ontwikkeling van kwaad tot erger is.

Hessel noemt Steenbeeks constructie ingewikkeld<sup>174</sup>, die van de Afdeling rechtspraak gaat aan de wetstekst eenvoudig voorbij: onder een beschikking (artikel 2) moet volgens de Afdeling ook een besluit houdende een weigering worden gerekend. (Afd. R. 23.9.1977, tB/S V, p. 151 e.v.).

Wanneer men de geest en de letter van de Wet Arob wil eerbiedigen biedt Hessels suggestie daartoe wellicht een mogelijkheid. Maar met een andere dan de heersende opvatting over het begrip rechtsgevolg haalt men wel erg veel overhoop. Waar het zonneklaar is wat de wetgever heeft bedoeld is een dergelijke constructie te zwaar.

Wanneer is er eigenlijk van een weigering sprake? Leidt elk verzoek tot het nemen van een beschikking tot een weigering in de zin van artikel 3 wanneer daarop negatief of in het geheel niet wordt gereageerd? Uit de jurisprudentie blijkt dat er om van zo'n weigering te kunnen spreken een plicht tot beslissen moet zijn.<sup>175</sup>

Zie bijvoorbeeld Vz.Afd.R. 2.2.1978, tB/S V, p. 226: 'Van zulk een weigering kan immers slechts sprake zijn indien verweerder verplicht zou zijn om ter zake enige beslissing te nemen. Nu een verzoek om toestemming als bedoeld in artikel 33 van de Wet op de bejaarden oorden niet bij verweerder is ingediend, is van zulk een verplichting geen sprake.' Wil er van een weigering sprake kunnen zijn dan moet er natuurlijk wel eerst iets verzocht zijn. Zie ook Vz.Afd.R.

28.9.1977, tB/S V, p. 161. En dat moet op de juiste wijze zijn gedaan wanneer daarvoor zekere eisen gelden, bijvoorbeeld bij de bouwvergunningaanvraag. Zie inzake een aanvraag om een machtiging tot voorlopig verblijf Vz.Afd.R. 30.11.1983, AB 1984, 119. Anderzijds moet een verzoek redelijk worden uitgelegd, als ware er een beschikking gevraagd waar dat strikt genomen niet gebeurde, maar klaarblijkelijk wel was beoogd. Zie Vz.Afd.R. 26.10.1981, AB 1982, 264.

Ook mag het ene orgaan desgevraagd niet voor het andere beslissen; wanneer het dat doet neemt de rechter soms een niet voor beroep vatbare weigering aan, er is dan geen beschikking. Meestal echter wordt er een onbevoegd genomen beschikking of weigering daarvan aangenomen (zie voorts hoofdstuk 3).

In Vz.Afd.R. 7.10.1980, tB/S V, 198 ging het er om dat aan een bepaalde persoon geen bestuursdwangwaarschuwing hoefde te worden gestuurd - naast de wel aangeschrevene - : 'Reeds hierom kan naar Ons aanvankelijk oordeel in dit geval niet van de weigering van een beschikking worden gesproken.'

Wanneer een verzoek wordt gedaan aan het bevoegde orgaan 'kan er van een weigering een beschikking te geven slechts sprake zijn indien het administratieve orgaan naar aanleiding van een verzoek als het door appellante gedane op enige grond gehouden zou zijn een beschikking te geven.' (Afd.R. 19.10.1981, tB/S V, 244). In casu werd aangenomen dat het orgaan naast het jaarlijkse besluit tot subsidievaststelling niet gehouden was tussentijds over onderdelen besluiten te nemen. Zoiets zou neerkomen op een bijstelling van het reeds genomen besluit.

Van groot belang in dit verband is de 'nova-jurisprudentie'. (Zie hoofdstuk 3). Wanneer sinds het nemen van een beschikking geen wijziging is opgetreden in relevante feiten en omstandigheden is de weigering te voldoen aan een verzoek tot wijziging of intrekking geen beschikking. De overheid is niet gehouden om constant haar beslissingen te heroverwegen wanneer daarvoor geen reden is in een verandering van relevante feiten en omstandigheden.<sup>176</sup> Lang niet altijd is wettelijk geregeld of en wanneer er een gehoudenheid tot beschikken bestaat. Men zal er toch van moeten uitgaan dat ook zonder wettelijke plicht de overheid op elk redelijk verzoek een beschikking te nemen dient in te gaan, afgezien dan van bovenbedoelde blote herhalingen. Maar het is moeilijk daarvoor een duidelijker grond aan te geven dan het ongeschreven recht.<sup>177</sup>

Uitgangspunt is dat datgene wat geweigerd wordt zelf een beschik-

king moet zijn om van een weigering in de zin van artikel 3 te kunnen spreken. Volgens Ten Berge en Stroink<sup>178</sup> is artikel 3 het spiegelbeeld van artikel 2 juncto 5 en 6. Dit moet worden verworpen, omdat in sommige gevallen tegen het positieve besluit wel, maar tegen de weigering geen bijzondere rechtsgang open staat, bijvoorbeeld bij bestemmingsplannen voor één perceel. Maar zelfs beperkt tot artikel 2 gaat deze spiegelbeeldconstructie niet altijd op: het besluit tot het verstrekken van een subsidievoorschot is vanwege het niet-definitieve karakter geen beschikking, de weigering een dergelijke besluit te nemen echter wel. Zie Afd.R. 20.12.1984, AB 1985, 274 en Vz.Afd.R. 16.10.1981, AB 1982, 137. Het geven van een ontvangstbewijs is géén beschikking, de weigering wel (zie § 3.2), terwijl ook het weigeren van de beginseltoestemming voor het opnemen van een buitenlands pleegkind een beschikking is, ofschoon de beginseltoestemming zelf een voorlopig karakter draagt (zie § 3.3.6).

#### 2.4.9.2 *De fictieve weigering*

De tweede volzin van artikel 3 Wet Arob geeft de justitiabele rechtsbescherming tegen het impliciet ofwel fictief weigeren van een beslissing door de administratie. Door eenvoudig stil te zitten kan het orgaan dat een besluit moet nemen de confrontatie met de Arob-rechter niet ontlopen. Dat kan het ook niet door expliciet geen beslissing te nemen. (Afd.R. 8.1.1982, tB/S V, 252). Soms stelt de wet een termijn waarbinnen moet worden beslist. Is overschrijding daarvan niet van een sanctie voorzien, dan kan volgens de Afdeling niettemin bij overschrijding van die termijn in het algemeen van een impliciete weigering worden gesproken, al zal een redelijke toepassing van artikel 3 het aannemen van zulk een weigering (tijdelijk) in de weg kunnen staan. (Afd.R. 15.9.1978, tB/S III, 93). Behoudens deze uitzondering begint op het moment dat de (adhortatieve of fatale) termijn is verstreken de beroepstermijn te lopen. (Vz.Afd.R. 28.1.1978, tB/S V, p. 230). Is er geen wettelijke termijn dan wordt een weigering aangenomen wanneer niet binnen redelijke tijd is beschikt, anders gezegd binnen een redelijke termijn.

Wat onder een redelijke termijn moet worden verstaan zal o.a. afhangen van het soort te nemen besluit; soms zal veel, soms weinig tijd nodig zijn. Zolang een orgaan de indruk wekt met de besluitvorming bezig te zijn zal het moeilijk zijn een fictieve weigering aan te nemen, ofschoon niet onmogelijk: redelijkerwijs kan men voor bepaalde beschikkingen niet meer dan een bepaalde - marginaal door de rechter te beoordelen - hoeveelheid tijd nodig hebben. Wanneer men er zelf

mee instemt dat een beslissing nog enige tijd uitblijft - met het oog op een andere nog te nemen beslissing die met de eerste verband houdt - dan kan er ook niet van een fictieve weigering sprake zijn: Vz.Afd.R. 26.8.1981, tB/S V, 236.

De redelijke tijd kan zeer kort zijn, zelfs drie dagen! (Wvd.Vz.Afd.R. 10.10.1980, tB/S V, 200).<sup>179</sup> Maar zij kan ook aanzienlijk langer zijn, bijvoorbeeld twee maanden (Afd.R. 10.1.1983, AB 306).

Op de - casuïstische - rechtspraak over het begrip redelijke tijd zal hier niet verder worden ingegaan. Het is een vraagstuk dat weliswaar verband houdt met het beschikkingsbegrip, door de gelijkstelling van (fictieve) weigeringen met beschikkingen, maar met de afbakening van het beschikkingsbegrip als zodanig niets heeft uit te staan. De vraag wanneer een orgaan een beschikking heeft geweigerd of dat wordt geacht te hebben gedaan zegt niets over wat die beschikking eigenlijk is.

#### 2.4.9.3 *Het aanhouden van een besluit*

Aanvankelijk heeft de Arob-rechter in enkele gevallen uitgemaakt dat het besluit om geen beslissing in een bepaalde zaak te nemen maar deze aan te houden een beschikking is (zie Afd.R. 14.9.1976, tB/S V, p. 5, AB 283 en Afd.R. 15.9.1978, tB/S III, 93). Men kan zich afvragen welk rechtsgevolg een besluit tot aanhouding heeft. Een administratief orgaan houdt een beslissing aan omdat het blijkbaar nog niet klaar is met de besluitvorming.<sup>180</sup> Van belang is dan of het orgaan dit mag of zelfs moet. Is er een termijn gesteld waarbinnen moet worden beslist dan moet in beginsel een weigering worden aangenomen, zo neen dan geldt, wat ook overigens geldt, dat binnen een redelijke tijd moet worden beslist. Wat redelijk is maakt uiteindelijk de rechter uit. Laat een orgaan weten dat het nog geen beslissing kan nemen, omdat nog een en ander moet worden uitgezocht, of nog een opdracht aan een ander orgaan volgt tot nader overleg met appellant alvorens definitief te beslissen, dan geeft het orgaan toch geen beslissing met rechtsgevolg!

Een dergelijk 'tussenbesluit' is slechts een aanwijzing voor de rechter dat er wellicht nog niet van een weigering ex artikel 3 Wet Arob kan worden gesproken. Vaste jurisprudentie is immers dat zolang het orgaan kan aantonen met de zaak bezig te zijn, er geen weigering wordt aangenomen (uiteraard tenzij er een wettelijke termijn is). Kan het dat, dan is er geen weigering, kan het dat niet, dan is er wel een weigering. In gevallen waarin de rechter een aanhoudingsbesluit als



beschikking kwalificeerde zou hij dus eigenlijk een fictieve weigering hebben moeten aannemen.

Vorenstaande redenering is later gehanteerd, in Afd.R. 8.1.1982, tB/S V, 252, en daarmee kan het 'dossier' inzake de aanhoudingsbeschikking wel als gesloten worden beschouwd.

### 3 De beschikking als besluit gericht op enig rechtsgevolg

#### 3.1 Inleiding

Om het bestaan van een beschikking in de zin van de Wet Arob te kunnen aannemen moet er sprake zijn van een schriftelijk besluit van een administratief orgaan gericht op enig rechtsgevolg. Dit besluit mag dan geen rechtshandeling naar burgerlijk recht of een besluit van algemene strekking zijn. De afgrenzing ten opzichte van deze besluiten komen in de hoofdstukken 4 en 5 aan de orde. Nu in het vorige hoofdstuk de elementen 'schriftelijk' en 'van een administratief orgaan' zijn behandeld staat in dit hoofdstuk het rechtshandelingskarakter van de beschikking centraal. Daarbij gaat het om drie vragen:

- Is er een besluit?
- Heeft het besluit rechtsgevolg?
- Is het besluit op het rechtsgevolg gericht?

Alleen bij positieve beantwoording van alle drie de vragen kan van een beschikking worden gesproken.

Bij elk handelen of nalaten van een ambt kan een besluit worden aangenomen dat daaraan ten grondslag ligt. Er is niet altijd een uitdrukkelijk genomen besluit, maar een ambt kan toch worden geacht een besluit te hebben genomen alvorens wel of juist niet een bepaalde handeling te verrichten. De Arob-rechter heeft meer dan eens laten blijken dit standpunt te huldigen. Er zijn echter ook gevallen geweest waarin hij van dit standpunt afweek en het is alleen daarom al de moeite waard de vraag naar het bestaan van een besluit te stellen.

Van groot belang is het dat de rechter bereid is uit het bestaan van een besluit, het verrichten van een handeling of het zich voordoen van bepaalde omstandigheden het bestaan van een (ander) fictief besluit aan te nemen. Zo'n fictief besluit wordt geacht impliciet te zijn gegeven met dat andere besluit, die handeling of die omstandigheden.

Zolang de besluitvorming door het ambt niet is voltooid - of dat wordt geacht te zijn - is er ook geen besluit. Dan kan zich het ver-

schijnsel van het premature beroep voordoen. Dat kan ook bij getrapte besluitvorming waar weliswaar tegen een besluit wordt opgekomen, maar niet tegen het besluit dat rechtsgevolg heeft. Daarmee is de tweede vraag gegeven: heeft het besluit rechtsgevolg? Het kan ook zo zijn dat de beantwoording van de tweede vraag volledig afhangt van die van de eerste vraag; het eindprodukt van de besluitvorming staat dan niet ter discussie, maar uitsluitend de vraag of er (al) van een eindprodukt, een (definitief) besluit kan worden gesproken. De meeste besluiten waaraan het karakter van rechtshandeling door de Arob-rechter werd ontzegd hadden geen rechtsgevolg. Dogmatisch veel ingewikkelder is het echter uit te maken of een besluit dat wel rechtsgevolg heeft daarop ook gericht is. Het is de jurisprudentie op dit punt die op haar beurt de meeste vragen heeft opgeroepen en voor de analyse waarvan zal moeten worden gebruik gemaakt van het in hoofdstuk 1 geschetste begrippenkader.

### 3.2 Is er een besluit?

De gevallen waarin de Arob-rechter een besluit aanneemt kunnen als volgt worden ingedeeld.

a Er is een uitdrukkelijk genomen besluit.

Bij de vraag wanneer zich zo'n besluit aandient rijzen enkele problemen. Zo kunnen in één schriftelijk stuk meerdere besluiten zijn opgenomen die niet allemaal hetzelfde rechtskarakter hoeven te hebben.<sup>181</sup> Ook het tijdstip waarop een bepaald besluit is genomen of wordt geacht te zijn genomen kan moeilijkheden opleveren. Daarbij speelt het verschil tussen het nemen van het besluit en de schriftelijke vormgeving daarvan een grote rol. Een voorbeeld ter illustratie.

In een uitspraak van 15.3.1979, tB/S V, 122, zag de voorzitter een beschikking impliciet besloten liggen in de mededeling van B & W van Amstelveen aan een derde belanghebbende dat zij 'besloten hadden positief op het verzoek van De Vries hem voor genoemde woning in aanmerking te brengen, te beschikken'. Dit schrijven was gedateerd 6.2.1979. De derde belanghebbende ging er vanuit dat de bedoelde woonvergunning - anders kan het 'in aanmerking brengen' niet worden gezien, daar de gemeente Amstelveen geen eigenaresse van de woning was - reeds was verleend, hetgeen echter pas 20 dagen later (op 26.2.1979) bleek te zijn geschied. Dat wil zeggen: 20 dagen na deze brief werd aan de aanvrager (De Vries) een schrijven ge-

stuurd - in de wandeling de beschikking genoemd waarin B & W verklaarden de woonvergunning te verlenen. De voorzitter achtte het door de derde tegen het schrijven van 6.2.1979 ingestelde bezwaarschrift en schorsingsverzoek ontvankelijk, omdat hij er van uit kon gaan dat de woonvergunning reeds was verleend, ofschoon 'de vergunning in werkelijkheid eerst op 26 februari 1979 is verleend . . .'.<sup>182</sup> Dat nu is de vraag. Hebben B & W alleen impliciet op 6 februari besloten de woonvergunning te verlenen, zoals de voorzitter suggereert, of ook expliciet? Als dit zogenaamde impliciete besluit aan een derde wordt meegedeeld en uit een schriftelijk stuk blijkt, *is* de woonvergunning dan in feite niet al op 6 februari verleend? Ik meen van wel. De omstandigheid dat een derde eerder op de hoogte is dan de vergunningaanvrager doet aan het beschikkingskarakter niet af.<sup>183</sup> Een geheel andere vraag betreft de beroepstermijn. Welnu, die begon de 6e februari te lopen, zij het dat een eventuele andere derde belanghebbende die *niet* met het (impliciete of expliciete) besluit van die datum bekend was en kon zijn via artikel 9, lid 4 Wet Arob kon worden geholpen. De voorzitter maakt zich over de hele kwestie niet erg druk maar stelt eenvoudig vast dat het op 28 februari binnengekomen bezwaarschrift en schorsingsverzoek hoe dan ook gericht zijn tegen het besluit tot verlening van een woonvergunning dat toen in ieder geval genomen was. De interessante vraag of hij bij een schorsingsverzoek op bijvoorbeeld 10 februari appellant ook ontvankelijk zou hebben verklaard blijft onbeantwoord. Uit het voorgaande moge blijken dat hij dat volgens mij wel zou moeten doen.

Ook terminologisch kan er enige onduidelijkheid zijn. Zo wordt een mededeling nogal eens tot beschikking verheven. Onuitgesproken blijft dan dat de mededeling in feite niet meer is dan de schriftelijke bekendmaking van een besluit dat door die schriftelijke bekendmaking tot Arob-beschikking wordt. (Zie o.a. Vz.Afd.R. 3.8.1978, tB/S V, 95 en Wnd.Vz.Afd.R. 4.4.1977, tB/S XI, p. 39).

Men onderscheide de beschikking dus wel van de mededeling *sec* - als vorm van informatie-overdracht - die geen besluit en dus geen beschikking kan zijn. Het gaat er om wat medegedeeld wordt. Het is goed hier nog wat nader op in te gaan.

In tal van uitspraken van de Arob-rechter namelijk wordt het beroep op de aanwezigheid van een beschikking afgewezen met de motivering dat slechts van een mededeling sprake is en niet van een besluit, gericht op enig rechtsgevolg, terwijl in andere gevallen een mededeling wel het karakter van een beschikking blijkt te kunnen hebben.

Van belang is dus te onderzoeken welke criteria daarbij worden gevolgd respectievelijk moeten worden gevolgd en - primair - in welke zin een mededeling als een besluit, een beslissing kan worden beschouwd dan wel als pure informatieverstrekking.

Elke beschikking moet, wil er enige rechtskracht van uitgaan, bekend worden gemaakt, op welke wijze dan ook. Soms gebeurt dat in de vorm van een mededeling aan geadresseerde(n) en eventueel andere belanghebbenden. Het besluit is dan de beschikking en de mededeling daarvan is nodig om de juridische pretentie van het besluit ten volle waar te maken. Een besluit kan immers niet naar buiten werken als het niet naar buiten bekend is gemaakt, althans bekend is geworden. Vaak betreffen mededelingen een feitelijke stand van zaken of geven ze alleen informatie over nog te nemen besluiten, van beschikkingen kan dan niet worden gesproken. Soms echter zijn in mededelingen beschikkingen verpakt. We hebben dan te maken met rechtsoordelen. De jurisprudentie daarover wordt in § 3.3.4 behandeld.

Een tweetal voorbeelden waarin hetgeen aangevallen werd geen besluit doch slechts een blote mededeling was: de mededeling van B & W aan een marktkoopman dat en waarom hij niet tot de markt kon worden toegelaten, o.a. wegens het ontbreken van een vergunning (Wvd.Vz.Afd.R. 2.2.1977, AB 215), de mededeling dat iemand in overtreding is en dat hiertegen door middel van de uitoefening van bestuursdwangbevoegdheid kan worden opgetreden. (Vz.Afd.R. 7.2.1977, AB 426).<sup>184</sup>

Tot deze categorie kunnen ook die mededelingen worden gerekend die door Konijnenbelt 'besluiten die slechts refereren aan de bestaande situatie' worden genoemd.<sup>185</sup> Het betreft hier echter geen besluiten respectievelijk de mededeling van besluiten. Ook de mededeling dat door een uitspraak van de Afdeling de schorsing door de voorzitter vervalt is geen mededeling van een besluit (Vz.Afd.R. 2.6.1978, tB/S II, p. 73). Het enige besluit dat valt te ontwaren is dat om bedoelde mededeling te doen. Van *dat* besluit wordt echter geen mededeling gedaan! Zo'n mededeling is een feitelijke handeling. Zie ook Vz.Afd.R. 24.5.1983, Gem.stem 6764,7: voor een vergoeding die rechtstreeks verschuldigd is uit de Verordening geldelijke voorzieningen raadsleden is geen besluit van B & W meer nodig als titel voor die verschuldigdheid. Mededelingen hieromtrent zijn geen (mededelingen van) besluiten.

Het kan ook voorkomen dat een besluit weliswaar is genomen maar

niet direct als zodanig herkenbaar is vanwege de formulering van zo'n besluit. Dit kan zich o.a. voordoen bij besluiten die uit verschillende zelfstandige deelbesluiten bestaan. Zo stelde de Afdeling rechtspraak in Afd.R. 13.11.1981, tB/S V, 245: 'Met het besluit tot vaststelling van het beleidsprogramma van educatieve activiteiten voor het jaar 1980 en het beschikbaar stellen van de voor uitvoering daarvan benodigde financiële middelen, heeft de verweerder op de subsidie-aanvraag van appellante beslist.' Er is wel een beslissing genomen op appellantes verzoek maar deze moet uit een groter geheel worden gelicht.

- b Er is geen besluit genomen maar er moet op basis van de wet een fictief besluit worden aangenomen.

Het draait hier hoofdzakelijk om de fictieve weigering ingevolge artikel 3 Wet Arob na het verstrijken van een wettelijke of, bij gebreke daarvan, redelijke termijn zonder dat een expliciete beslissing is genomen (zie § 2.4.9.2).

- c Er is geen sprake van een uitdrukkelijk genomen besluit, maar uit het nemen van een ander besluit wordt een besluit afgeleid, een impliciet besluit dus.

Een en ander speelt in het bijzonder bij woonruimtevergunningen. In de uitspraak van 8.7.1977, tB/S V, p. 82h, besliste de Afdeling dat de weigering door B & W van Valkenburg (Z.H.) om appellant te plaatsen op de lijst van gegadigden voor een (te bouwen) woning in een bepaald bestemmingsplan weliswaar op een rechtshandeling naar burgerlijk recht betrekking heeft, maar tevens inhoudt een weigering op voorhand appellant te zijner tijd een vergunning ex artikel 1, lid 1 Woonruimtetwet te verlenen. B & W hadden een dergelijke vergunning niet expliciet geweigerd, een beslissing daarover was nog niet aan de orde en daarom was ook niet gevraagd. Door het besluit appellant niet op de desbetreffende lijst te plaatsen hadden B & W zich echter de mogelijkheid ontnomen appellant voor de gewenste woning een woonvergunning te geven. Dat het beslissingsmoment niet bij de eventuele vergunningverlening lag maar reeds bij het aanmerken als gegadigde werd door de Afdeling aangenomen, omdat B & W - zo hadden zij verklaard - aan gegadigden waarmee wel een overeenkomst werd gesloten zonder meer een woonvergunning zouden verlenen.

In een andere uitspraak stelde de Afdeling dat de weigering van B & W van Amstelveen appellant in te schrijven als woningzoekende im-

pliciet inhoudt de weigering appellant een woonvergunning te verlenen (Afd.R. 5.2.1979, tB/S V, 119; zie ook bijvoorbeeld Afd.R. 13.5.1981, AB 1982, 199).

De koppeling registratie - woonruimtevergunning kan uiteraard alleen maar een rol spelen waar de woonruimtetwetgeving van toepassing is: anders is geen vergunning vereist.<sup>186</sup> De inschrijving als woningzoekende is herhaalde malen in verscheidene varianten als een beschikking beschouwd. Bijvoorbeeld in Afd.R. 8.12.1981, AB 1981, 477 (Leiden), waar weigering van registratie niet voor elke woning op voorhand een weigering van een woonruimtevergunning betekende, doch wel voor een bepaalde categorie woningen: 'Weigering van registratie als woningzoekende dient in verband met het vorenstaande, naar het oordeel van de Afd. te worden beschouwd als een vooraf gegeven verklaring dat aan de betrokkene voor het in gebruik nemen van een woning die behoort tot een bepaalde, nader aangeduide en omvangrijke categorie van huurwoningen waarop hij, blijkens zijn verzoek om registratie, meent aangewezen te zijn, geen woonvergunning zal worden verstrekt.'<sup>187</sup>

In een volgende uitspraak wordt niet meer gesproken over een 'bepaalde, nader aangeduide en omvangrijke categorie van huurwoningen', maar van 'het door de gemeente toe te wijzen deel van de woningvoorraad in de distributiesfeer' (Afd.R. 8.3.1983, tB/S III, 422 (eveneens Leiden)). Een verbetering naar het schijnt, omdat het aantal woningen er toch niet toe doet.<sup>188</sup> Zie ook Afd.R. 11.7.1983, tB/S V, 306; waar de inschrijving als woningzoekende is vereist voor het verkrijgen van woningen, behorend tot de categorie woningen waarop de distributieregeling van de Woonruimtetwet 1947 van toepassing is en in eigendom toebehorend aan verhuurders die slechts verhuren aan personen die als woningzoekende staan ingeschreven, brengt de weigering van die inschrijving de weigering op voorhand van een woonruimtevergunning met zich mee. Met de uitspraak Afd.R. 21.3.1985, Gem.stem 6813,4 werd duidelijk dat de onderwerpelijke categorie woningen niet alleen niet omvangrijk hoeft te zijn, maar zelfs een gering percentage van het totale aantal woningen dat onder de distributieregeling valt mag zijn.<sup>189</sup>

Belangrijk is de vraag of er een dwingend verband bestaat tussen inschrijving en woonruimtevergunning. Stelt een gemeentelijk algemeen verbindend voorschrift dat geen woonruimtevergunning wordt verstrekt zonder ingeschreven te zijn als woningzoekende dan is er inderdaad zo'n dwingende relatie. Ook echter als er geen algemeen verbindend voorschrift is, maar uit de weigering tot registratie op de een

of andere wijze blijkt, dat dit hoe dan ook met zich meebrengt, dat óók geen woonruimtevergunning zal worden verstrekt, is de Afdeling bereid hierin een beschikking te zien. Dit blijkt uit Afd.R. 3.1.1983, tB/S V, 292 (Abcoude). Wanneer een verzoeker niet wordt toegelaten tot 'de kring van personen onder wie de woningen worden verdeeld welke vallen onder de distributieregeling van de Woonruimtwet 1947' dan zal er dus ook, voor die woningen, geen woonruimtevergunning aan verzoeker worden verstrekt. Het bestaan van een bepaalde praktijk ter zake is beslissend, al dan niet gebaseerd op een afspraak tussen woningbouwverenigingen en gemeentebestuur. (Zie Afd.R. 11.7.1983, tB/S V, 306). Er hoeft dus geen algemeen verbindend voorschrift te zijn.<sup>190</sup>

In de hiervoor besproken gevallen zou de Afdeling nooit aan een uitspraak ten gronde zijn toegekomen, wanneer zij deze impliciete besluiten niet onderkend had. Want als men voor een bepaalde woning of in het algemeen voor een woning niet in aanmerking kan komen, voor welke woning zou men dan een woonvergunning kunnen krijgen of zelfs aanvragen. Het voor appellant beslissende moment is het al dan niet inschrijven als gegadigde/woningzoekende. Op dat moment heeft hij behoefte aan een rechterlijke toetsing van het overheidsoptreden.

Zou de rechter alleen de expliciete beslissing op (casu quo afwijzing van) de vergunningaanvraag beoordelen, dan zou de appellant zonder meer in het ongelijk worden gesteld, hetzij op de grond dat er van een te bewonen woning geen sprake is (Valkenburg) hetzij op de grond dat aan een van de formele voorwaarden, ingeschreven staan als woningzoekende, niet is voldaan. In een eerder stadium dan bij de aanvraag tot vergunningverlening wordt dus in feite beslist, zij het dat dit *blijkt* uit een andere beslissing. Niet die andere beslissing, weigering van registratie, is een beschikking, maar het impliciete besluit tot weigering van de woonvergunning. Impliciet omdat het niet als zodanig wordt genomen, maar niettemin een besluit omdat uit de weigering van registratie blijkt, dat bij voorbaat op een nog in te stellen verzoek tot vergunningverlening is beslist.

Men kan zich inmiddels afvragen in hoeverre het rechtens juist kan worden geacht voorwaarden voor het verkrijgen van een vergunning buiten de wettelijke regeling te laten. Voor het beschikkingskarakter van de fictieve weigering van de vergunning is dit echter niet van belang. Ook uit privaatrechtelijke besluiten kan blijken dat een beschik-



king kennelijk (fictief) is geweigerd. Wanneer een overheidsorgaan een zelfde doel kan bereiken met een privaatrechtelijk middel als met een beschikking terwijl de laatste weg de appellant in een gunstiger positie zou brengen, dan impliceert het kiezen voor de privaatrechtelijke weg de weigering een beschikking te nemen. Op de hierop betrekking hebbende jurisprudentie - die overigens meer van theoretisch dan van praktisch belang is - wordt in § 4.4 uitvoerig ingegaan. In Afd.R. 16.10.1981, tB/S V, 243, ging het om een negatieve beslissing bij voorbaat op een mogelijke aanvraag van een bewoonvergunning. De Vestigingsregeling van Brummen eiste een bewoonvergunning voor het in gebruik of medegebruik nemen, geven of hebben van een woning. Voor een dergelijke vergunning kwam men slechts in aanmerking door te voldoen aan een van de vestigingseisen, tenzij B & W daarvoor vrijstelling verleenden. De bouwer/eigenares van enige in aanbouw zijnde woningen vroeg B & W 'vrijstelling van de vestigingseisen te verlenen, teneinde de mogelijkheid van verkoop te verruimen'. B & W weigerden. Volgens de regeling werd de vergunning alleen verleend aan de aanvrager die (potentiële) bewoner is. Dat was de bouwer/eigenares niet. Deze had er echter het grootste belang bij vóór er van potentiële kopers sprake kon zijn de vestigingseisen vervallen te krijgen, juist om potentiële kopers te lokken. Zolang de vestigingseisen niet van tafel waren dreigden de huizen een toekomst van leegstand tegemoet te gaan. Deze omstandigheid zal de Afdeling (de enkelvoudige kamer nota bene) er wel toe hebben gebracht in dit geval een beschikking aan te nemen, maar juridisch ligt de zaak helemaal niet zo eenvoudig.

Immers, ten opzichte van de bouwer/eigenares bestond er voor B & W geen gehoudenheid te beschikken. Dit blijkt meestal voldoende om de afwezigheid van een beschikking aan te nemen. Zie bijvoorbeeld Vz.Afd.R. 2.2.1978, AB 341. De Afdeling meende echter dat dit negatieve antwoord (besluit) van B & W aan de bouwer/eigenares, 'niet anders (kan) worden verstaan dan als een weigering op voorhand toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 3.2 van de Vestigingsregeling (vrijstellingsmogelijkheid, F.M.) van de gemeente Brummen ten aanzien van kopers van de onderhavige woningen, die niet voldoen aan het bepaalde in artikel 3.1 van de regeling' (vestigingseisen, F.M.). De Afdeling concludeert dus dat met de weigering van B & W bij voorbaat aan alle potentiële kopers die niet aan de vestigingseisen voldoen een bewoonvergunning is geweigerd. Hiermee kan worden ingestemd, omdat B & W hadden gesteld geen aanleiding te vinden hun vrijstellingsbevoegdheid te hanteren, met betrekking tot wie dan

ook die betreffende woningen wilde gaan bewonen.<sup>191</sup>

Naar aanleiding van het voorgaande dient nog te worden opgemerkt, dat slechts dan van een impliciet besluit sprake kan zijn wanneer met het expliciete (andere) besluit tevens een beslissing kan worden geacht te zijn genomen over iets waarover te zijner tijd nog expliciet besloten zou moeten worden, bijvoorbeeld over de verlening van een woonvergunning. Is een dergelijke vergunning niet nodig, bijvoorbeeld omdat de Woonruimtetwet niet van toepassing is, dan is er ook geen sprake van een impliciet besluit terzake. (Zie Wnd.Vz.Afd.R. 7.9.1981, tB/S V, p. 974, alsmede Wnd.Vz.Afd.R. 16.5.1980, tB/S V, 183 en Afd.R. 4.3.1980, tB/S V, p. 707).

Van een impliciet besluit kan niet worden gesproken wanneer er geen (direct) verband is tussen het besluiten of doen van het één met het besluiten van het ander. Zo zag de Afdeling geen verband tussen de verklaring van B & W ex artikel 14, lid 2 (Model)bouwverordening dat geen bouwvergunning vereist was en de verlangde vrijstelling van de in artikel 352 (Model)bouwverordening vervatte gebruiksbepaling. Met het eerste besluit is het tweede niet gegeven, dat betreft een ander onderwerp, een andere afweging. (Afd.R. 9.5.1979, tB/S V, 125).

Geen impliciet besluit werd door de voorzitter aangenomen (Vz.Afd.R. 2.9.1980, tB/S XI, 32) in een geval waarin er onzekerheid bestond over de beweerde impliciete weigering van een woonvergunning. B & W van Amsterdam hadden verzoeker geschreven, dat zij na de weigering door de verzoeker van de hem aangeboden woning hem voorlopig geen nieuwe woning meer zouden aanbieden (pas wanneer hij weer aan de beurt was). Dat hield volgens B & W in een weigering op voorhand verzoeker een woonvergunning te verlenen wanneer hij erin zou slagen voordien een door de gemeente beheerde of geclaimde woning in gebruik te nemen. Een dergelijk direct verband zag de voorzitter niet. Een zodanig voornemen tot weigering kon er bij B & W wellicht zijn, zij waren rechtens noch feitelijk gehouden of gedwongen te zijner tijd de woonvergunning inderdaad te weigeren. Dat moesten ze dan eerst maar eens doen en dan zou van een besluit (beschikking) ter zake kunnen worden gesproken.

Zo is er ook bij een principe-besluit geen sprake van dat reeds impliciet het definitieve besluit is genomen, daarvoor is er nu juist - slechts - een principe-besluit genomen. Wanneer een verzoek om vergunning niet aan de wettelijke vereisten voldoet kan een negatieve reactie op zo'n verzoek dan ook niet worden gezien als impliciet (definitief) be-

sluit, maar slechts als principe-besluit, aldus Afd.R. 22.2.1979, tB/S V, 120.

d Er is geen sprake van een als zodanig genomen besluit, maar uit handelingen of omstandigheden wordt een besluit afgeleid.

In haar uitspraak van 28.2.1980, AB 526 overweegt de Afdeling: 'De omstandigheid dat de raad der gem. Laren geen afzonderlijk naar buiten toe kenbaar gemaakt besluit heeft genomen, waarbij 't Zijdveld tot openbare weg is bestemd, sluit derhalve het bestaan van een zodanige bestemming niet uit, aangezien ook op grond van handelingen en besluiten van het gemeentebestuur kan worden geconcludeerd dat het toekennen van een zodanige bestemming geacht moet worden te hebben plaatsgevonden.'

Zo'n handeling was het in stukken, uitgaande van het gemeentebestuur, aanmerken van 't Zijdveld als openbare weg. Voorts achtte de Afdeling ook de omstandigheid dat de weg voor een ieder vrij toegankelijk was van belang.

Nu de Arob-rechter doorgaans zo ruimhartig blijkt te zijn bij het aannemen van een besluit is het bepaald verrassend dat de Arob-rechter soms aan een handeling het beschikkingskarakter ontzegt omdat deze - hoewel op rechtsgevolg gericht - geen besluit zou zijn. Dit lot trof het geven van een ontvangstbewijs van de kennisgeving van het voornemen tot sloop (Vz.Afd.R. 9.4.1981, tB/S V, 224, Gem.stem 6687, 4). Een andere uitkomst is heel goed verdedigbaar: vooreerst gaat aan het geven van het ontvangstbewijs, zoals aan iedere bestuurshandeling, een besluit vooraf tot dit geven. Voorts is het duidelijk dat de figuur van het geven van een ontvangstbewijs een toetsingsmoment inhoudt (en daardoor te vergelijken valt met de verklaring van geen bezwaar).<sup>192</sup> Wat treft is dat de voorzitter het 'besluit-zijn' van de beschikking hier strikt neemt, terwijl dat elders niet gebeurt.<sup>193</sup> Opvallend is voorts dat de weigering tot het geven van een ontvangstbewijs *wel* een beschikking werd geoordeeld. (Wnd.Vz. Afd.R. 30.10.1980, AB 1981, 255).

### 3.3 Heeft het besluit rechtsgevolg?

#### 3.3.1 *Inleiding*

In de jurisprudentie over het beschikkingsbegrip speelt de vraag of

het gevraagde besluit rechtsgevolg heeft kwantitatief een belangrijke rol. Naar schatting<sup>194</sup> vormt in 6 à 7% van alle zaken die voor de Arob-rechter komen de vraag of van een beschikking sprake is een punt van discussie. Daarvan betreft ongeveer de helft het al dan niet hebben van rechtsgevolg van het aangevallen besluit.

In deze paragraaf wordt getracht een analyse te geven van de jurisprudentie over de vraag wanneer een rechtsgevolg van een besluit aanwezig moet worden geacht. Daarbij is een tweedeling gemaakt in soorten gevallen waarin geen rechtsgevolg aanwezig wordt geacht (§ 3.3.3) en in die waarin dat wel het geval is of in bepaalde omstandigheden kan zijn (§ 3.3.4, 3.3.5 en 3.3.6).

Alvorens tot de behandeling van bedoelde deelonderwerpen over te gaan dienen enkele meer algemene vragen te worden beantwoord. In deze inleiding zal achtereenvolgens worden ingegaan op de betekenis van het begrip rechtsgevolg en de vraag of voor het kunnen spreken van een rechtshandeling het rechtsgevolg waarop de handeling is gericht ook daadwerkelijk moet zijn ingetreden. In § 3.3.2 zal aandacht worden besteed aan de vraag of gebrekkige, met name onbevoegd genomen, besluiten rechtsgevolgen kunnen doen ontstaan dan wel met besluiten die dat kunnen op één lijn kunnen worden gesteld. Daarbij zal blijken dat sommige gebrekkige besluiten nog voor beschikking kunnen doorgaan, andere niet.

Eerst nu het begrip rechtsgevolg. In de literatuur wordt aan dit begrip niet afzonderlijk aandacht besteed, blijkbaar heeft niemand er problemen mee. Zelfs Steenbeek geeft er in zijn dissertatie<sup>195</sup> geen omschrijving van. Naast de feitelijke gevolgen die een handeling kan hebben kan het recht gevolgen toekennen aan handelingen (nalaten daaronder begrepen) en gebeurtenissen. Die gevolgen - rechtsgevolgen - kunnen louter door het recht worden verleend en in termen van het recht worden begrepen. Rechten en plichten zijn constructies en niet feitelijk (zintuiglijk) waarneembaar. (Dit staat uiteraard los van bewijsvragen: het bewijs van een recht is niet het betreffende recht zelf.) Rechtsgevolgen vloeien niet fysiek maar kunstmatig voort uit bepaalde feiten. Het is de rechtsorde die voor deze kunstmatige gevolgen zorgt. Het begrip rechtsgevolg kan dan ook worden omschreven als een gevolg dat door het objectieve recht wordt toegekend aan een handeling of gebeurtenis.

Vele besluiten van overheidsorganen zijn niet gericht op rechtsgevolg, hebben zelfs geen rechtsgevolg en worden wel aangeduid als feitelijke

besluiten, feitelijke handelingen of besluiten gericht op feitelijke handelingen. Als tegenhanger van besluiten gericht op enig rechtsgevolg lijkt de aanduiding besluiten gericht op feitelijk gevolg het meest verhelderend.

Moet het rechtsgevolg waarop een besluit is gericht ook daadwerkelijk zijn ingetreden om van een beschikking te kunnen spreken?

Dogmatisch geredeneerd zou men een positief antwoord kunnen geven: komt het rechtsgevolg niet tot stand dan is er in de wereld van het recht niets veranderd en waartegen zou men dan een 'actie' tot vernietiging, schorsing of intrekking willen instellen? Is echter de pretentie aanwezig een rechtsgevolg tot stand te brengen dan zal de belanghebbende er juist behoefte aan hebben deze pretentie op haar houdbaarheid te kunnen laten toetsen. Bij onbevoegd genomen besluiten neemt de rechter dan ook niet zelden een beschikking aan, zij het een gebrekkige en dus voor vernietiging vatbare, ofschoon het beoogde rechtsgevolg niet tot stand kan zijn gekomen.<sup>196</sup> Zolang vernietiging niet plaatsvindt wordt zo'n beschikking - rechtshandeling - voor geldig gehouden als ware het rechtsgevolg tot stand gekomen. Het rechtsgevolg hoeft dus niet daadwerkelijk te zijn ingetreden om van een beschikking te kunnen spreken.<sup>197</sup>

### 3.3.2 *Gebrekkige besluiten*

#### 3.3.2.1 *Vernietigbare, nietige en non-existente besluiten*

Wanneer wordt gesproken van een gebrekkige beschikking wordt daarmee een handeling aangeduid waaraan een gebrek kleeft. Dat gebrek kan de vorm, totstandkoming of inhoud van de handeling betreffen, maar ook degene die handelt, namelijk wanneer deze onbevoegd is.

Vele gebrekkige beschikkingen zijn vernietigbaar, d.w.z. blijven rechtsgeldig totdat ze (eventueel) vernietigd worden. Nietige beschikkingen daarentegen zijn van de oorsprong af ongeldig. Zij brengen dan ook niet de rechtsgevolgen teweeg die zij zouden hebben teweeggebracht wanneer zij niet nietig geweest zouden zijn.

Waar ligt de grens tussen vernietigbaar en nietig besluit? Het rechtsverkeer eist dat niet elk besluit waaraan een gebrek kleeft nietig is, vandaar de constructie van het vernietigbare besluit. Een besluit is in ieder geval nietig wanneer de wet dat met zoveel woorden zegt. Heeft een gebrekkig besluit rechtens relevante pretentie zonder dat de wet dit besluit als nietig aanmerkt, dan is het nietig of vernietigbaar. Een

nietige rechtshandeling kan worden omschreven als een (feitelijk bestaande!) handeling met de pretentie van rechtshandeling, welke pretentie niet kan worden waargemaakt. Strikt genomen is 'nietige rechtshandeling' dus een onmogelijke juridische aanduiding.<sup>198</sup> Dat in de praktijk dit probleem niet als zodanig wordt ervaren is evenwel niet verrassend, omdat een ieder begrijpt dat 'nietige rechtshandeling' hoe dan ook betrekking heeft op een handeling die geen rechtsgevolgen kan hebben.<sup>199</sup>

Inmiddels is de figuur van de nietige beschikking vooral van belang in die - spaarzame - gevallen waarin de burgerlijke rechter tot oordelen over een beschikking wordt geroepen: hij heeft geen vernietigingsbevoegdheid.<sup>200</sup> De administratieve rechters geven er doorgaans de voorkeur aan een beschikking te vernietigen in plaats van deze nietig te achten onder niet-ontvankelijk-verklaring van appellant.<sup>201</sup>

Naast vernietigbare en nietige besluiten wordt ook nog van non-existente besluiten gesproken. Non-existente besluiten bestaan, in weerwil van hun benaming, wel degelijk, maar alleen feitelijk, niet juridisch.<sup>202</sup> Ze zijn juridisch zonder betekenis. Kan een nietig besluit toch een zekere schijn van geldigheid opwekken, non-existente besluiten kunnen dat niet. Het zijn, behalve misschien voor lichtgelovigen<sup>203</sup>, niet serieus te nemen 'Köpenickiades', besluiten van niet met overheidsgezag beklede instanties of personen.<sup>204</sup> De grenzen van de begrippen 'nietig' en 'non-existent' zijn overigens, evenals die der lichtgelovigheid, vaag. In beroep kan de intrekking van een reeds van rechtswege vervallen besluit daarom worden vernietigd in plaats van als nietig of non-existent te worden aangemerkt.<sup>205</sup>

### 3.3.2.2 *Onbevoegd genomen besluiten*

Hetgeen in de vorige paragraaf aan de orde is gesteld speelt voor wat de rechtspraak betreft in het bijzonder een rol bij onbevoegd genomen besluiten.

Beschikkingen met vorm- of inhoudsgebreken zijn doorgaans vernietigbaar tenzij de wet op die gebreken nietigheid heeft gesteld. Hetzelfde geldt voor bevoegdheidsgebreken. Hierbij moet wel onderscheid worden gemaakt tussen het ontbreken van algemene bevoegdheid (het normale bevoegdheidsgebrek) en de omstandigheid dat elk onwettig handelen eo ipso onbevoegd handelen is. Wanneer men het bevoegdheidsgebrek in laatste zin verstaat verliest het iedere zelfstan-

dige betekenis. Hierna wordt met bevoegdheidsgebrek dan ook alleen het ontbreken van de algemene bevoegdheid (tot het nemen van het besluit in kwestie) bedoeld.

De Afdeling rechtspraak van de Raad van State huldigt de opvatting dat onbevoegd genomen besluiten niet zonder meer nietig zijn.<sup>206</sup> Zij beschouwt ze doorgaans - als aan alle vereisten van artikel 2 is voldaan - als vernietigbare beschikkingen.<sup>207</sup> Zie o.a. Afd.R. 17.5.1978, AB 429: De bevoegdheid om te beslissen op een aanvraag inzake de Beschikking geldelijke steun warmte-isolatie bestaande woningen is aan de minister, de H.I.D. is in casu onbevoegd; Afd.R. 2.10.1979, AB 1981, 25: De bevoegdheid om te beslissen op subsidieaanvraag inzake de Richtlijnen subsidiëring brandveiligheidsvoorzieningen logiesbedrijven 1978 is aan de minister, de Rijksconsulent voor Handel, Ambacht en Diensten is in casu onbevoegd; Vz.Afd.R. 5.2.1981, AB 447: Het besluit van B & W van Kampen waarbij, voordat de gemeenteraad op het tegen de weigering van ontheffing ingestelde beroep had beslist, alsnog ontheffing is verleend, is genomen in strijd met de Verordening beperking verstrekking alcoholhoudende drank, aangezien niet B & W maar de gemeenteraad bevoegd was op het ingestelde beroep te beslissen en Vz.Afd.R. 20.11.1981, AB 1982, 175: Gelet op artikel 12 Luchtvaartwet is alleen de Kroon - en niet de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat - bevoegd tot het instellen van een tijdelijk verbod tot het uitoefenen van de burgerlijke luchtvaart boven Amsterdam.

In deze en soortgelijke gevallen pleegt de Afdeling (respectievelijk de voorzitter) te vernietigen (schorsen) wegens strijd met het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat een beschikking dient uit te gaan van een daartoe bevoegd orgaan (Afd.R. 17.5.1978, AB 429), dan wel wegens strijd met het beginsel der rechtszekerheid, dat gebiedt dat een beschikking dient uit te gaan van een daartoe bevoegd orgaan (zoals in Afd.R. 2.10.1979, AB 1981, 25).<sup>208</sup> Het komt ook voor dat wegens onbevoegdheid wordt vernietigd op grond van strijd met de wet (artikel 8, lid 1, onder a Wet Arob). Zie o.a. Afd.R. 12.11.1979, AB 1980, 199, Afd.R. 1.6.1982, Vermande-editie Wet Arob, jur.art. 3, p. 5 en Afd.R. 9.5.1983, AB 413.

In de uitspraak van 12.11.1979 wordt - in tegenstelling tot de daarvoor vermelde - eerst een betoog gewijd aan de vraag of wel van een beschikking sprake is. De bedoeling van de - onbevoegde - gemeenteraad om in beroep te beslissen op een bezwaarschrift tegen een

bestuursdwangwaarschuwing van B & W blijkt voor de Afdeling doorslaggevend om een beschikking aan te nemen, die overigens vanwege dit bevoegdheidsgebrek wordt vernietigd.

In dit verband is ook Afd.R. 15.12.1977, tB/S II, p. 52 vermeldenswaard, waarin een onbevoegd genomen beslissing van de gemeenteraad wordt gesauveerd - in casu stond geen beroep op de raad open maar had een bezwaarschrift bij B & W moeten worden ingediend - : 'Aan het bestreden besluit kan ook niet het karakter van een beschikking in de zin van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen worden ontzegd, nu dit besluit is gericht op rechtsgevolg, daar burgemeester en wethouders aan de beslissing van verder kennelijk de betekenis hechten die normaal toekomt aan een in beroep gegeven beslissing.' Deze uitspraak is nog opmerkelijker omdat de betekenisverlening hier door een ander dan het beschikkende orgaan plaatsvindt.

In de uitspraak van de Wnd.Vz.Afd.R. 18.1.1980, tB/S V, 159 komt deze tot de conclusie dat een onbevoegd (en in strijd met de wet) genomen besluit van de Inspecteur van de Volksgezondheid voor de Geneesmiddelen voor Groningen, Friesland, Drenthe en Overijssel een beschikking is, omdat de Inspecteur met dit besluit 'kennelijk heeft beoogd aan de uitoefening door verzoeker van de artsenijsbereidkunst een rechtsgrondslag te verschaffen.'

Er doen zich echter ook gevallen voor waarin onbevoegdheid bij de besluitnemer voor de Arob-rechter mede aanleiding is de afwezigheid van een beschikking aan te nemen.

Zo werd in de uitspraak Wnd.Vz.Afd.R. 8.6.1977, tB/S V, p. 68 een drietal redenen aangevoerd waarom een bepaald schrijven van B & W niet als een beschikking kon worden aangemerkt:

- 1 het schrijven, dat er uitzag als een bestuursdwangwaarschuwing, vermeldde niet het wetsartikel op basis waarvan de waarschuwing werd gedaan;
- 2 niet B & W maar de burgemeester was bevoegd (ex artikel 23 Woonruimtetwet);
- 3 B & W gaven ter zitting te kennen dat zij het schrijven ook niet als waarschuwing/bevel (ex artikel 23 Woonruimtetwet) hadden bedoeld, maar als 'schot voor de boeg'.

Wat dit laatste betreft: dit kan en mag niet beslissend zijn. De brief is duidelijk en wat B & W verder voor niet-kenbare bedoelingen daarmee hadden is irrelevant. Een duidelijk voorbeeld van het verschil tussen het motief voor een handeling en de strekking van een handeling. Het eerste argument is ook niet doorslaggevend, omdat de



Arob-rechter bij een gebrek aan de waarschuwing normaliter een - gebrekkige - beschikking aanneemt.<sup>209</sup> Dat hij dit alleen bij dit gebrek niet doet, is òf zeer inconsequent òf hangt samen met het tweede argument, namelijk dat B & W niet bevoegd waren. Dan hebben we een voorbeeld van het afwezig achten van een beschikking vanwege onbevoegdheid van de besluitnemer. En dat is gelet op de hiervoor besproken jurisprudentie ook inconsequent. Een ander voorbeeld, waarin dezelfde argumenten een rol spelen, is de uitspraak van Afd.R. 23.7.1981, tB/S V, 233:

- 1 'Voor het doen van een dergelijke lastgeving (tot staken van bouwwerkzaamheden door de directeur gemeentewerken, F.M.) is in de bouwverordening noch in enig ander algemeen verbindend voorschrift een grondslag te vinden' (onbevoegdheid);
- 2 'de onderhavige lastgeving van genoemde directeur ontbeert het karakter van een zodanige waarschuwing' (als die ex artikel 152 gemeentewet, F.M.) (gebrekkige waarschuwing);
- 3 'en is, naar verweerders hebben gesteld, ook niet als zodanig bedoeld.' (bedoeling).

Een voorbeeld van een geval waarin geen beschikking werd aangenomen omdat wegens het niet voldaan zijn aan een procedureel vereiste het orgaan (nog) niet bevoegd was biedt Afd.R. 22.11.1982, tB/S V, 279.

Tenslotte twee uitspraken over de onbevoegdheid op verzoek te beschikken. De weigering van de minister om de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad opdracht te geven cassatie in het belang der wet in te stellen is geen beschikking omdat 'geen wettelijke bepaling (is) aan te wijzen, waaruit de bevoegdheid van verweerder zou voortvloeien voornoemde PG opdracht te geven tot het instellen van bedoeld beroep.' (Vz.Afd.R. 12.12.1978, tB/S V, 112).<sup>210</sup>

De weigering van de minister om de Economische Controledienst opdracht te geven proces-verbaal op te maken is geen beschikking omdat in casu bij uitsluiting het O.M. bevoegd is. (Afd.R. 20.4.1982, tB/S V, 262). Het gaat bij deze uitspraken om het niet willen ingaan op verzoeken om een beschikking omdat het benaderde orgaan niet bevoegd is. De Afdeling constateerde in deze gevallen een niet gehouden zijn tot het nemen van enig besluit, vanwege de onbevoegdheid, en meer in het algemeen kan volgens haar slechts van een weigering te beschikken worden gesproken wanneer er gehoudenheid is om te beschikken (zie bijvoorbeeld ook Afd.R. 19.10.1981, tB/S V, 244 en Vz.Afd.R. 12.2.1985, AB 1986, 98).

### 3.3.3 *Besluiten gericht op feitelijk gevolg*

#### 3.3.3.1 *Algemeen*

In tal van gevallen is de Arob-rechter geconfronteerd met besluiten tot het doen of weigeren van puur fysieke verrichtingen waardoor geen rechten of plichten worden geschapen.<sup>211</sup> Dit soort besluiten kunnen voor burger en overheid van het grootste belang zijn, maar rechtsgevolgen worden er niet door geschapen. Een greep uit de eerste jaren Arob-jurisprudentie laat zien waaraan zoal kan worden gedacht: het besluit tot het uitvoeren van reconstructiewerkzaamheden aan een plein (Vz.Afd.R. 14.9.1976, AB 273), het besluit om een industrieterrein niet op te spuiten (Vz.Afd.R. 4.10.1976, AB 1977, 18), het besluit tot het verrichten van onderhoudswerkzaamheden aan een brug (Vz.Afd.R. 11.11.1976, Gem.stem 6641,5 en Vz.Afd.R. 14.4.1977, Gem.stem 6477,8), de weigering tot het staken van herbestrating en beplanting (Vz.Afd.R. 1.6.1978, Gem.stem 6514,7), het besluit om een tegelpad niet te doen verleggen (Afd.R. 12.7.1978, AB 433), tot het aanbrengen van een proefafsluiting van een weg (Vz.Afd.R. 27.11.1979, tB/S V, 152), tot sluiting van een gemeentelijk badhuis (Afd.R. 11.8.1978, AB 1979, 111), de weigering tot afbraak van een in eigendom aan de gemeente toebehorende pergola over te gaan (Afd.R. 17.12.1979, tB/S V, 156), het besluit tot het verplaatsen van speelwerktuig (Afd.R. 4.7.1980, tB/S IX, 5), het besluit tot afsluiting van een oude havenmond (Wnd.Vz.Afd.R. 3.10.1978, tB/S V, 107)<sup>212</sup>, de weigering aanduidingsbord model 109 van het RVV te plaatsen (Afd.R. 4.7.1978, tB/S V, p. 319)<sup>213</sup>, de vaststelling van het tracé van een rijksweg (Vz.Afd.R. 29.7.1977, Gem.stem 6494,10 en Afd.R. 1.9.1981, Gem.stem 6703,4) en de vaststelling van de beleidsnota Luchthaven Teuge (Afd.R. 26.8.1977, Gem.stem 6484,5, AB 421).<sup>214</sup>

Dit betekent overigens niet dat genoemde besluiten juridisch irrelevant zijn. Zo kan het vaststellen van een beleidsnota via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de overheid in zekere mate binden. Soms zijn besluiten die uiterlijk op feitelijk gevolg zijn gericht mede op rechtsgevolg gericht, brengen ze althans een rechtsgevolg teweeg.<sup>215</sup> Zo kan het besluit van B & W tot het kappen van bomen als het verlenen van een kapvergunning aan de gemeente worden begrepen indien een dergelijke vergunning blijkens de plaatselijke kapverordening nodig is (Wnd.Vz.Afd.R. 8.11.1976, tB/S V, p. 20). Geldt er ter plaatse geen kapverordening, dan is zo'n besluit louter op feitelijk gevolg gericht.

Een dergelijk onderscheid treffen we ook aan bij het toekennen van huisnummers en straatnamen.

Het besluit tot het toekennen van een huisnummer aan bepaalde gebouwen werd in Afd.R. 3.8.1981, Gem.stem 6699,6 een beschikking geacht omdat de eigenaren volgens de plaatselijke APV daardoor de plicht kregen om dit nummer aan te brengen. Zie ook Wnd.Vz. Afd.R. 28.1.1982, tB/S V, 254 en Vz.Afd.R. 1.6.1982, tB/S V, 266.

Anders lag het in enkele gevallen betreffende besluiten tot naamgeving aan respectievelijk naamsverandering van een straat. Een dergelijk besluit werd geen beschikking geacht in Afd.R. 24.1.1980, Gem.stem 6631, 5, omdat uit zo'n besluit geen rechtsgevolgen voortvloeien.<sup>216</sup> Kan merkt in zijn noot onder deze uitspraak op dat een dergelijk besluit belanghebbenden wel dwingt tot nieuw briefpapier e.d. en dat dergelijke gevolgen toch ook moeten worden meegewogen. Wat dit laatste betreft: bij elk besluit moeten de in het geding zijnde belangen worden gewogen, dat is kenmerkend voor het openbaar bestuur, maar zegt niets over het juridische karakter van zo'n besluit. En tot het laten maken van nieuw briefpapier e.d. bestaat geen juridische plicht, ook al zal er wel feitelijke noodzaak zijn.

In Wnd.Vz.Afd.R. 2.6.1980, Gem.stem 6647,5 werd het niet aannemen van een beschikking in een soortgelijk geval uitdrukkelijk gemotiveerd met de stelling dat 'geen verordening van kracht is, waarin bevoegdheden en rechtsgevolgen ten aanzien van het geven van straatnamen zijn geregeld'.<sup>217</sup> Kan volhardt in zijn opvatting door in de noot onder deze uitspraak te spreken van in het leven roepen van 'de facto rechtsgevolgen'. Wat hieronder moet worden verstaan ontgaat mij: er zijn rechtsgevolgen of niet.

### 3.3.3.2 *Vorbereidingshandelingen (algemeen)*

Onder voorbereidingshandelingen worden in deze paragraaf die handelingen verstaan die in de voorbereiding van een beschikking een rol spelen. Zij kunnen ook zelf beschikking zijn, maar vele voorbereidingshandelingen zijn dit niet. Vier soorten voorbereidingshandelingen kunnen worden onderscheiden.

Allereerst die handelingen die worden verricht door het orgaan dat ook zelf de beschikking neemt. Deze kunnen weer worden verdeeld in handelingen waarbij wel en waarbij geen medewerking - al dan niet in de vorm van een beschikking! - van een ander orgaan wordt gevraagd. Van de eerste soort is het vragen van advies een goed voorbeeld, bij de tweede soort kan worden gedacht aan sommige voorlo-

pige besluiten, zogenaamde principe-besluiten.

Vervolgens zijn er voorbereidingshandelingen die een beschikking van een ander orgaan voorbereiden, te verdelen in handelingen die zelf geen beschikking zijn, zoals de bevordering door een minister van een Koninklijk Besluit, en handelingen die dit wel zijn, zoals de verklaring van geen bezwaar. Deze indeling betreft, anders geformuleerd, respectievelijk besluiten gericht op feitelijk gevolg, 'besluiten' die nog niet definitief zijn, besluiten eveneens op feitelijk gevolg gericht, die mogelijk tevens een impliciete beschikking inhouden en beschikkingen. Hoewel deze paragraaf primair handelt over besluiten gericht op feitelijk gevolg en de begrippen 'besluit' en 'impliciet besluit' hiervoor al aan de orde zijn gesteld is het voor een analyse van de Arob-jurisprudentie op het stuk van de rechtshandeling goed de verschillende figuren van de voorbereidingshandeling eens naast elkaar te zetten.

Bij het vragen van medewerking aan de totstandkoming van beschikkingen kan, zoals gezegd, worden gedacht aan het vragen van advies. Daarop wordt hier niet verder ingegaan omdat aan het (vragen van) advies een aparte paragraaf (3.3.3.3) is gewijd.

Onder vigeur van de Wet op de Ruimtelijke Ordening 1965 werd ook het vragen van een verklaring van geen bezwaar, als bedoeld in artikel 50, lid 8 Woningwet en artikel 19 Wet op de Ruimtelijke Ordening, door de Arob-rechter als besluit gericht op feitelijk gevolg beschouwd. Hij meende dat hier sprake was van een voorbereidingshandeling. (Afd.R. 17.2.1978, AB 480). Wanneer men dit begrip niet nader omschrijft zegt dit echter op zichzelf niets over de vraag of zo'n handeling een beschikking is.

Belangrijker is dan ook de opvatting 'dat geen wetsartikel eraan in de weg staat, dat een belanghebbende, indien een college van burgemeester en wethouders, (. . .), niet bereid is om aan gedeputeerde staten afgifte van een verklaring van geen bezwaar te verzoeken, zelf een desbetreffend verzoek bij gedeputeerde staten indient.' (Afd.R. 30.10.1979, BR 1980, 205).<sup>218</sup> Dit houdt in dat met de weigering zo'n verklaring te vragen nog niets is beslist: de burger kan immers zelf om een verklaring vragen, er is dus ook nog niets ten aanzien van de verklaring zelf beslist en ook niet over een eventuele anticipatie of vrijstelling. Nu staat vragen inderdaad vrij, beslissend is echter of gedeputeerde staten op een dergelijk verzoek positief zouden mogen beslissen. Dit nu is toch uiterst onwaarschijnlijk. Een positieve beslissing op een derden-aanvraag zou in strijd met strekking en systeem

van de wet zijn, welke de verklaring van geen bezwaar kent als instemming met gemeentelijk beleid.<sup>219</sup> Welk college zou tot vrijstelling willen overgaan na eerst geweigerd te hebben een verklaring van geen bezwaar te vragen?

In de literatuur wordt dan ook wel verdedigd, dat de aanvraag<sup>220</sup> respectievelijk het besluit omtrent het wel of niet doen van een aanvraag<sup>221</sup> als beschikking zou moeten worden beschouwd.

Naar alle waarschijnlijkheid zal de jurisprudentie over de aanvraag tot het verleden behoren gezien de wijziging van de Wet op de Ruimtelijke Ordening per 1.7.1986.<sup>222</sup> In het nieuwe artikel 19a lijkt de aanvraag exclusief aan B & W voorbehouden. Weigeren zij de aanvraag te doen dan komt dit ingevolge het tweede lid van dit artikel neer op een weigering vrijstelling te verlenen.<sup>223</sup>

Een tweede soort voorbereidingshandelingen bestaat uit het geven van indicaties hoe op een verzoek om een beschikking zal worden beslist en uit principe-besluiten. Deze voorbereidingshandelingen zijn geen beschikkingen. Het verstrekken van informatie over de waarschijnlijkheid dat een vergunning zal worden verleend wanneer een aanvraag daartoe zal worden gedaan - bijvoorbeeld bij een (negatieve) beslissing op een incorrect ingediende bouwaanvraag (zie Afd.R. 25.11.1977, AB 1978, 259) - kan in dit verband worden genoemd. Voor de mededeling van de burgemeester in antwoord op een informatieverzoek met betrekking tot een speelautomatenhal, dat voor zo'n hal geen vergunning ex artikel 30 Wet op de kansspelen zou worden gegeven als daarom zou worden gevraagd, zie Afd.R. 8.5.1980, Gem.stem 6655,2. Ook de mededeling van B & W dat een eventueel verzoek om ontheffing van een APV-bepaling inzake het verzamelen van huishoudelijke afvalstoffen zal worden geweigerd is geen beschikking. (Afd.R. 9.5.1980, tB/S V, 182).<sup>224</sup>

Een mededeling inzake de reactie op een eventueel verzoek kan echter een beslissend karakter hebben, met name wanneer na een dergelijke mededeling, gelet op de terzake toepasselijke bepalingen, geen verzoek (om een gunstige beschikking) meer nodig is, aldus Afd.R. 7.2.1984, tB/S V, 332. Men moet dus niet te veel afgaan op de door het administratief orgaan gebruikte terminologie.<sup>225</sup>

Vermeldenswaard is ook de jurisprudentie over de voorlopige bouwvergunning, ook wel vooruit-akkoord genaamd. Deze wordt door de Arob-rechter een beschikking geacht, zie o.a. Vz.Afd.R. 17.11.1977, BR 1980, 272 en Afd.R. 19.12.1980, Gem.stem 6681,2.<sup>226</sup> De voor-

zitter - en in gelijke zin de Afdeling - overwoog dat 'de betreffende schriftelijke verklaring er mede toe strekt dat ter zake van de bouw, waarvoor de wettelijk voorgeschreven bouwvergunning niet is verleend, rechtsmaatregelen naar algemene beginselen van behoorlijk bestuur en gevestigde jurisprudentie achterwege moeten blijven, zodat zij op rechtsgevolg is gericht'. Met andere woorden: tegen illegale bouw waarvoor een voorlopige bouwvergunning is verleend mag de bestuursdwangbevoegdheid niet worden gebruikt. Met het vooruitakkoord heeft de bouwverweliswaar geen recht gekregen om te bouwen, maar heeft het college van B & W zichzelf wel het recht ontnomen om tegen het (illegale) bouwen op te treden. Het rechtsgevolg is dus het wegvallen van een wettelijke, zij het door de algemene beginselen begrensde, bevoegdheid.

Het besluit tot het verlenen van een bouwvergunning is voorlopig, maar wat definitief is, is het besluit geen bestuursdwang toe te passen. En dat laatste besluit is een beschikking. Het berust niet op algemene beginselen van behoorlijk bestuur maar op de gemeentewet<sup>227</sup>: de vrije bevoegdheid impliceert de bevoegdheid om geen bestuursdwang toe te passen.

Tenslotte moet in de categorie voorlopige besluiten aandacht worden besteed aan het verschijnsel subsidiëring.

Voordat door de subsidiegever een beslissing wordt genomen die rechtens een aanspraak geeft aan de begunstigde, zijn doorgaans een of meer eerdere beslissingsmomenten aan te geven. Die zijn dan te vinden in beleidsnota's, circulaire, brieven met voorlopige standpuntbepalingen, overzichten van berekeningswijzen van subsidieverlening enz. Nu is voor het aanwezig zijn van een beschikking niet zonder meer beslissend dat de subsidiegever niet meer op zijn voornemen of besluit kan terugkomen. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen een dergelijk 'terugkomen' verhinderen, zonder dat het besluit, of de uiting van het voornemen, zelf op rechtsgevolg is gericht. Pas wanneer er een besluit is tot het in het leven roepen van rechtsgevolgen, waarbij een aanspraak van de burger wordt gevestigd op een prestatie waartoe de overheid zich heeft verplicht, kan er van een beschikking sprake zijn.

De jurisprudentie biedt het volgende beeld.

De mededeling van het voornemen om de subsidie in enkele jaren af te bouwen heeft geen rechtsgevolgen, omdat een dergelijk voornemen voorlopig is, nog niet definitief en dat ook niet kan zijn waar subsidie jaarlijks wordt verleend.<sup>228</sup> Pas de beslissing met betrekking tot een

bepaald jaar geeft (of weigert) een aanspraak.<sup>229</sup> Het door het overheidsorgaan aangeven van de voorlopigheid van een besluit<sup>230</sup> zal daarbij van belang kunnen zijn: het orgaan wil zich blijkbaar nog niet binden. Zo oordeelde de rechter in Afd.R. 2.10.1979, tB/S V, 142, dat het geven van informatie over welke procedure ten aanzien van welke instellingen zal worden gevolgd, 'nu het daarbij gevoegde overzicht van de betrokken instellingen in bedoeld schrijven uitdrukkelijk als voorlopig wordt omschreven' geen beschikking opleverde.<sup>231</sup> Anderzijds kan het geven van een overzicht iets definitiefs krijgen, los van de vraag of er ten aanzien van de vermelde instellingen iets wordt beslist, wanneer zo'n overzicht de strekking heeft aan te geven welke instellingen hoe dan ook niet gesubsidieerd zullen worden (namelijk die instellingen welke in het overzicht niet voorkomen).

In dit verband is van belang de uitspraak van de Afdeling van 19.4.1982, tB/S V, 261, waarin het Middelburgse welzijnsplan, een limitatieve lijst van kandidaatorganisaties bevattend, als een bundel beschikkingen werd beschouwd en ten aanzien van elke niet op de lijst voorkomende organisatie een beschikking houdende een weigering geacht werd te zijn gegeven.<sup>232</sup> Een en ander zal afhangen van de verordening waarop het plan of programma is gebaseerd. Vereist de verordening een plan/programma dat aangeeft wie voor hoeveel gesubsidieerd zal worden dan is daarmee een bundel beschikkingen genomen (zie ook Afd.R. 13.11.1981, tB/S V, 245 en Afd.R. 24.11.1983, AB 1984, 121). Is het programma/plan alleen definitief ten aanzien van de namen van de begunstigden, dan zijn er alleen beschikkingen genomen ten aanzien van de niet opgenomen instellingen. Het plan kan ook geheel indicatief zijn en geen beschikkingen inhouden.<sup>233</sup> Een voorbeeld van dit laatste biedt Vz.Afd.R. 8.6.1982, Gem.stem 6738, 5. De betreffende subsidieverordening (Rijssen) bepaalde dat B & W de subsidiebeslissing nemen en van het programma kunnen afwijken. Het programma kan dan niet als definitief worden aangemerkt. Naar mijn mening overbodig - en zelfs verwarrend - werd de niet-ontvankelijkheid echter niet gebaseerd op het ontbreken van rechtsgevolg, ofschoon het betoog van verweerder in die richting onweersproken bleef, maar op de algemene strekking van het programma.

In een vergelijkbaar geval (sociaal cultureel programma Leiden) werd door de voorzitter wel het ontbreken van rechtsgevolg beslissend geacht (Vz.Afd.R. 3.8.1982, Gem.stem 6738, 6). Van algemene strekking werd niet gerept. Evenals aan Kan<sup>234</sup> is ook mij niet duidelijk wat de algemene strekking in het geval Rijssen er toe deed. Anders

dan hij ben ik geneigd te veronderstellen dat de rechter niet (steeds) eerst bezieet of het aangevallen besluit aan de eisen van lid 1 van artikel 2 Wet Arob voldoet en, zo ja, daarna lid 2 aan bod laat komen. (Zie hierover § 5.1.2). Anders is een uitspraak als die in het geval Rijssen onverklaarbaar.<sup>235</sup>

Dat (vaststelling van) een programma dat niet gericht is op rechtsgevolg niettemin de grondslag (sec) kan vormen voor beschikkingen van B & W wordt door Sloots cryptisch en onlogisch geacht.<sup>236</sup> Dat is het niet wanneer grondslag wordt begrepen als beleidsmatig-politieke grondslag. En zo is het dunkt mij ook bedoeld. Van een juridische grondslag blijkt althans niet.<sup>237</sup>

Een bijzonder probleem vormen de besluiten tot het verstrekken of weigeren van subsidievoorschotten. Het toekennen van een voorschot op een subsidie is geen beschikking, zo maakte de Afdeling uit in Afd.R. 12.8.1983, tB/S V, 312 en Afd.R. 20.12.1984, AB 1985, 274. Het verlenen van een voorschot is slechts een stap op de weg naar subsidieverlening, doch vestigt zelf geen aanspraak. Hiervan moet wel worden onderscheiden het 'voorschot' dat in feite een deel van de subsidie vormt, bij een beslissing de subsidie in vier delen uit te keren. De term voorschot is hier enigszins ongelukkig (Wnd.Vz.Afd.R. 14.2.1984, tB/S V, 333).

Het toekennen van een voorschot ingevolge artikel 33 Wet Uitkeringen Vervolgingslachtoffers 1940-1945 is een beschikking (Wnd.Vz.Afd.R. 30.12.1983, tB/S V, p. 1388 en Vz.Afd.R. 16.11.1984, AB 1985, 563), klaarblijkelijk omdat het voorschot los van de toekenning van de uitkering staat: 'de in artikel 33 geschapen bevoegdheid tot het verlenen van een voorschot (is) in beginsel slechts (. . .) gegeven voor gevallen, waarin in het geheel géén - voorlopige dan wel definitieve - uitkering is toegekend.' Is de toekenning van een subsidievoorschot niet als beschikking beschouwd, de weigering van zo'n voorschot werd dat wel in Vz.Afd.R. 16.10.1981, AB 1982, 137. In dat geval was echter sprake van een vooralsnog niet meer toekennen van subsidie en dientengevolge ook niet meer van voorschotten. Aan de orde was het stopzetten van de geldstroom totdat partijen het over bepaalde geschilpunten eens waren. Ook al had verweerder wellicht niet de intentie de subsidie uiteindelijk te stoppen, hij stopte hem hoe dan ook en dat is een beschikking. De voorzitter compliceerde de zaak door nogal categorisch te verklaren: 'Het besluit om verzoekster voorschotten te onthouden achten Wij voorhands een beschikking in de zin van de Wet Arob.'



De derde groep voorbereidingshandelingen zijn feitelijke handelingen ter voorbereiding van beschikkingen van andere organen. Zo roept een voorstel van B & W aan de raad geen rechtsgevolgen in het leven, wanneer de raad ook zonder zo'n voorstel kan beslissen (Afd.R. 29.3.1982, AB 478; idem voor de weigering een dergelijk voorstel te doen: Afd.R. 20.7.1978, tB/S V, 91. Zie ook Vz.Afd.R. 11.11.1980, tB/S V, 205). Om dezelfde reden is ook de weigering van B & W om mee te werken aan de herziening van een bestemmingsplan niet als beschikking te beschouwen (Afd.R. 6.5.1980, AB 478 en Vz.Afd.R. 28.2.1980, AB 356).

Een dergelijke situatie lijkt zich ook voor te doen bij de voordracht van een minister of staatssecretaris aan de Kroon om een Koninklijk Besluit te nemen. In deze zin Vz.Afd.R. 19.5.1982, tB/S V, 264. Waar minister respectievelijk staatssecretaris deel uitmaken van de Kroon zou er echter van uitgegaan kunnen worden, dat de weigering om een Koninklijk Besluit te bevorderen bij voorbaat de weigering van dat besluit meebrengt, tenzij ook de Koning persoonlijk een voordracht zou kunnen doen. Ik ben geneigd een dergelijke voordracht voor mogelijk te houden, ofschoon het gelet op onze staatsrechtelijke verhoudingen geen alledaags gebeuren zal zijn.<sup>238</sup>

Anders besliste de Afdeling in Afd.R. 20.8.1979, Gem.stem 6592,6 waarin de weigering van de Minister van Binnenlandse Zaken een Koninklijk Besluit als bedoeld in artikel 2 lid 2 gemeentewet te bevorderen een beschikking werd geacht. Wellicht moet deze uitspraak, gelet op de vorige, als achterhaald worden beschouwd.<sup>239</sup> Zij is niet op één lijn te brengen met de impliciete beschikkingen jurisprudentie, die eist dat de feitelijke handeling en de impliciete beschikking aan een en hetzelfde orgaan zijn toe te schrijven.

Tenslotte de voorbereidingshandeling welke zelf beschikking is. Deze figuur is voor ons onderwerp in zoverre van weinig belang dat wanneer eenmaal het beschikkingskarakter is vastgesteld, de vraag of deze beschikking als een stap in de besluitvorming die leidt tot een andere beschikking valt te zien, er weinig toe doet. De Arob-rechter beschouwt de verklaring van geen bezwaar als een beschikking (o.a. Vz.Afd.R. 22.7.1976, BR 1976, p. 702). De verklaring geeft B & W de bevoegdheid vrijstelling te verlenen van het geldende bestemmingsplan (artikel 19 Wet op de Ruimtelijke Ordening), dan wel een bouwvergunning te verlenen (artikel 50, lid 8 Woningwet).<sup>240</sup>

De Afdeling rechtspraak acht een principe-verklaring van geen bezwaar geen beschikking. Zie bijvoorbeeld Wnd.Vz.Afd.R. 20.6.1979, BR p. 838 en Afd.R. 29.9.1980, AB 1981, 106. De redenering is als

volgt: principe-verklaringen van geen bezwaar kunnen geen grondslag bieden voor het verlenen van een bouwvergunning en zijn, hoewel ze door mogelijk gewekte verwachtingen juridisch niet zonder betekenis zijn, niet op enig rechtsgevolg gericht. Ze brengen, anders gezegd, rehtens geen directe veranderingen teweeg.

Ingevolge artikel 19, lid 2 van de nieuwe Wet op de Ruimtelijke Ordening is de verklaring als in dit artikel bedoeld vanaf 1 juli 1986 overigens niet meer voor zelfstandig Arob-beroep vatbaar, maar wordt ze geacht deel uit te maken van de beschikking waarop ze betrekking heeft. Hetzelfde geldt ingevolge artikel 50, lid 9 Woningwet voor de verklaring van geen bezwaar als bedoeld in artikel 50 van de Woningwet.

### 3.3.3.3 *Adviezen*

Vorbereidingshandelingen die speciale aandacht verdienen zijn het vragen en het uitbrengen van advies. De overheid maakt - al dan niet door de wet daartoe verplicht - op zeer grote schaal en op talloze gebieden gebruik van adviezen van allerlei soorten adviesinstanties. Ofschoon adviezen niet klakkeloos mogen worden gevolgd zijn ze vaak doorslaggevend. Dit roept de vraag op of niet (ook) tegen de adviezen zelf rechtsbescherming zou moeten open staan dan wel reeds open staat doordat althans sommige adviezen vanwege hun doorslaggevende betekenis als beschikkingen zouden moeten worden beschouwd. Dit alles rechtvaardigt een aparte behandeling van dit type voorbereidingshandelingen.

Het vragen van advies is een feitelijke handeling en het besluit om advies te vragen een besluit gericht op feitelijk gevolg. Dat een adviesaanvraag voor de adviseur een plicht tot het geven van advies met zich kan meebrengen maakt de aanvraag natuurlijk niet tot beschikking.

Ook het geven van een advies, in de zin waarin we deze term normaal verstaan - raadgeving, mening of gevoelen over iets -, kan niet als een beschikking worden beschouwd. Dit is althans de gangbare opvatting in literatuur<sup>241</sup> en rechtspraak.<sup>242</sup> Een advies is per definitie niet beslissend (de figuur van het - in het bestuursrecht nauwelijks voorkomende - bindend advies vormt een contradictio in terminis). Een advies kan wel rehtens relevant zijn: de wet kan er toe verplichten en zelfs aan de inhoud van het advies gevolgen verbinden.<sup>243</sup>

Dat bepaalde adviezen in de praktijk plegen te worden gevolgd verandert het (rechts)karakter van die adviezen niet, aldus de Afdeling over de prijsadviezen ex artikel 6, lid 2 Wet ziekenhuistarieven van de

Stichting Centraal Orgaan Ziekenhuistarieven (Afd.R. 15.7.1980, AB 1981, 23). De bevoegdheid tot het nemen van een bindende beslissing blijft bij het geadviseerde orgaan.<sup>244</sup> Hoe constant de praktijk ook is, er kan van worden afgeweken (Afd.R. 16.3.1978, AB 1979, 91, tB/S V, p. 240).

Vaak zal de geadviseerde wel rekening moeten houden met het advies en er niet ongemotiveerd van mogen afwijken - zo min als het klakkeloos volgen -<sup>245</sup> dit alles maakt het advies niet tot beschikking. De geadviseerde zelf blijft verantwoordelijk voor het (op basis van het advies) genomen besluit. Een en ander geldt gelijkelijk voor adviezen die niet die naam dragen maar het wel zijn, zoals medische rapporten.<sup>246</sup>

Een probleem vormen die adviezen waaraan de wet rechtsgevolgen verbindt die betrekking hebben op de inhoud van het advies. Dan is dus niet alleen verplicht en beslissend dat er is geadviseerd, maar ook dat het advies een bepaalde strekking heeft (negatief of positief). Zie bijvoorbeeld Afd.R. 30.1.1984, tB/S V, 330, waarin het advies van B & W tot het verstrekken van een hypothecaire lening door het Hypotheekfonds Noordbrabantse Gemeenten volstrekt beslissend was op grond van de terzake geldende gemeenschappelijke regeling. Zeer interessant in dit verband is ook de advisering tot het wel of niet opnemen van bejaarden in bejaardenoorden. Wanneer in een provincie (of gedeelte daarvan) artikel 6i van de Wet op de bejaardenoorden van kracht is<sup>247</sup> mag de opname van een bejaarde in een bejaardenoord slechts plaatsvinden met positief advies van de Commissie bedoeld in artikel 6j van die wet. Een positief advies verplicht niet tot opname en kan daarom niet als beschikking worden beschouwd. Maar een negatief advies maakt opname rechtens onmogelijk. Van een impliciet besluit tot weigering van opname door de inrichtinghouder kan niet worden gesproken, daar dit een andere instantie is dan de negatief adviserende. (Overigens is de inrichtinghouder geen administratief orgaan). Positief advies is in het geval van artikel 6i dus een voorwaarde voor rechtmatig feitelijk handelen van een andere - niet-administratieve - instantie. Men kan aannemen dat het positief advies dit rechtsgevolg heeft dat de geblokkeerde bevoegdheid tot opname gedeblokkeerd wordt, een soort machtiging dus, of verklaring van geen bezwaar, een negatief advies derhalve als de weigering van een dergelijke verklaring van geen bezwaar. Het woord advies is hier dan ook niet op zijn plaats. Tegen het 'advies' kan zelfs beroep worden ingesteld bij GS. Het lijkt me in strijd met de aard van het adviseren om tegen een advies beroep open te stellen op een andere instantie.

Het 'advies' ingevolge artikel 6j Wet op de bejaardenoorden in het geval dat artikel 6i is toegepast wordt door de Afdeling rechtspraak als beschikking beschouwd, zij het één, die vanwege het bepaalde in artikel 5, aanhef en onder / Wet Arob niet voor Arob-beroep vatbaar is (Afd.R. 9.8.1982, AB 538, tB/S VIII, 71). In andere gevallen, waar artikel 6i niet geldt, is het advies niet beslissend: 'Waar, (. . .), een bepaling als bedoeld in artikel 6i, eerste lid, van de Wet op de bejaardenoorden niet geldt, staat een advies dat niet tot opneming van de bejaarde strekt, op zichzelf niet in de weg aan opneming.' . . .

'Uit het voorgaande volgt, dat zulk een advies en de in beroep daaromtrent gegeven beslissing de opname noch de weigering daarvan verplicht doen zijn.'<sup>248</sup> Ook waar artikel 6i niet geldt moet overigens ingevolge artikel 6h hoe dan ook een advies - hoe dit ook luidt - door de Commissie worden uitgebracht alvorens tot opname mag worden overgegaan. Ten Berge en Stroink nu menen, dat zelfs wanneer louter 'een' advies wordt geëist, zo'n advies als beschikking gezien zou kunnen worden, omdat dat advies de bevoegdheid tot handelen ontsluit. Tevens brengt het de rechtsplicht mee met dat advies rekening te houden.<sup>249</sup> Wellicht van mening dat dit toch wel wat ver gaat - elke wettelijk vereiste voorbereidingshandeling kan dan als beschikking worden beschouwd - stellen zij, dat zij niet 'willen pleiten voor het standpunt dat elk wettelijk voorgeschreven advies een beschikking zou zijn'. Elders<sup>250</sup> komen zij dan ook tot de mij meer aansprekende constatering: 'Men kan het advies ook construeren als een feitelijke voorwaarde waaraan voldaan moet zijn, wil tot opname overgegaan kunnen worden.'

### 3.3.4 *Rechtsoordelen*

#### 3.3.4.1 *Algemeen*

Een zeer belangrijke categorie besluiten met rechtsgevolg vormen de rechtsoordelen, waaronder hier wordt verstaan op rechtsgevolg gerichte oordelen van een administratief orgaan omtrent bepaalde feiten dan wel omtrent het in concreto wel of niet bestaan van een recht, bevoegdheid of plicht van een administratief orgaan of een burger. Deze besluiten moeten wel worden onderscheiden van de in hoofdstuk 1 behandelde figuur van de rechtsvaststellende beschikking, waarbij het beschikkende orgaan geen of geringe beleidsvrijheid heeft. Rechtsoordelen vormen een ruimere categorie beschikkingen, waartoe zeker ook 'vrije' beschikkingen behoren.

Het uitgesproken oordeel moet rechtens relevant zijn: meningen over

feiten of rechten, bevoegdheden en plichten op het karakter respectievelijk het bestaan waarvan het administratief orgaan geen invloed kan uitoefenen zijn dit niet.

Het wijzen op het feit dat met een uitspraak van de Afdeling de eerder door de voorzitter uitgesproken schorsing vervalt is om die reden geen rechtsoordeel en geen beschikking: ook zonder deze mededeling vervalt de schorsing, dat bepaalt immers de wet (artikel 80, lid 2 j<sup>o</sup> 60f Wet op de Raad van State). (Vz.Afd.R. 2.6.1978, tB/S II, p. 73). De standpuntbepaling van de burgemeester met betrekking tot het (niet) Nederlander zijn geworden van een vrouw die door een verklaring (zonder vormvoorschriften, ex artikel 8 j<sup>o</sup> 12a Wet op het Nederlanderschap) te kennen heeft gegeven Nederlander te willen worden en daardoor Nederlander is geworden, krachtens de wet, is terzake niet relevant: aan het rechtsgevolg van het Nederlanderschap doet zijn opinie niets toe of af (Afd.R. 24.11.1981, Gem.stem 6712, 6).

Voor een vergoeding die rechtstreeks verschuldigd is uit de Verordening geldelijke voorzieningen raadsleden is geen besluit van B & W meer nodig als titel voor die verschuldigdheid, zodat een weigering tot uitbetaling geen publiekrechtelijke, doch uitsluitend burgerrechtelijke betekenis heeft (Vz.Afd.R. 24.5.1983, Gem.stem 6764, 7).<sup>251</sup> Zo is ook een mededeling van de minister inzake de onmogelijkheid ontheffing te krijgen van een eis van de Wet rijonderricht motorrijtuigen geen beschikking, waar de wet een dergelijke ontheffing niet kent (Vz.Afd.R. 23.10.1979, tB/S V, 144).

De mening van de huurcommissie dat een bepaald huurbedrag in casu redelijk is te noemen is juridisch niet van belang; dat is wel het oordeel dat een huurprijs onredelijk is. Na een dergelijk oordeel kunnen partijen zich tot de kantonrechter wenden met een verzoek de huurprijs vast te stellen (artikel 17 Huurprijzenwet woonruimte). Spreekt de huurcommissie als haar mening uit dat de huurprijs redelijk is, dan zal een andersluidend oordeel weliswaar vermoedelijk niet binnen de wettelijke termijn tot stand komen, maar pas als die termijn verstreken is, staat rechtens vast dat een uitspraak waarbij de huurprijs onredelijk wordt verklaard niet zal worden gedaan en dus ook de rechtsgevolgen die uit een dergelijke uitspraak zouden voortvloeien niet zullen intreden (Afd.R. 3.1.1983, tB/S V, 291).

De aanmaning als bedoeld in artikel 16, lid 1 Wet op de omroepbijdragen wordt niet als beschikking beschouwd: het in die aanmaning uitgesproken oordeel dat onverwijld moet worden betaald voegt niets toe aan de reeds uit de wet voortvloeiende betalingsverplichting (Vz.Afd.R. 25.7.1977, tB/S V, p. 98). Pas na de aanmaning kan -

niet moet, zoals in casu in de aanmaning stond - tot verzegeling van de inrichting worden overgegaan, zo moet artikel 16, lid 2 sub b worden begrepen. Dat de aanmaning daarmee rechteus niet van belang ontbloot is maakt haar nog niet tot rechtshandeling.

Het oordeel van een administratief orgaan over zijn bevoegdheid is geen rechtsoordeel: de wet bepaalt of het orgaan - in het algemeen - bevoegd is. Meent het orgaan tot het nemen van een bepaalde beschikking niet bevoegd te zijn, terwijl het dat wel is, dan is er sprake van een weigering een beschikking te nemen (Afd.R. 30.6.1977, AB 392); is het orgaan inderdaad onbevoegd, dan is het - juiste - oordeel slechts een feitelijke constatering (Afd.R. 12.4.1979, AB 369 en Afd.R. 21.2.1980, AB 333).

Aan het slot van deze reeks voorbeelden van oordelen die geen rechtsoordelen zijn een tweetal uitspraken over aanschrijvingen om een hond te muilkorven (Afd.R. 21.4.1981, tB/S V, 225 en Afd.R. 10.12.1984, AB 1985, 237). B & W van Wittem gelastten appellante tot het muilkorven van haar hond op grond van artikel 31 APV. Voor zover van belang luidt dit artikel:

‘lid 1: Het is rechthebbende verboden een hond, die gevaarlijk of hinderlijk is, op een weg te doen verblijven, tenzij voorzien van een muilkorf, die het bijten verhindert.

lid 3: Hinderlijk of gevaarlijk worden geacht te zijn die honden, welke personen, wielrijders, rij- of voertuigen en vee of andere dieren aanblaffen of achtervolgen, benevens vechtende honden.

lid 4: Burgemeester en wethouders kunnen een rechthebbende aanschrijven dat een hond gevaarlijk of hinderlijk is.’

Omdat vaststond dat appellantes hond met een andere hond had gevochten was appellante reeds op grond van het bepaalde in lid 3 verplicht de hond te muilkorven, althans voor het ‘verblijf op een weg’. (Hierbij heeft de Afdeling blijkbaar gedacht: eens een vechtersbaas altijd een vechtersbaas; een hond die eens heeft gevochten is een vechtende hond als bedoeld in lid 3!). De aanschrijving voegde aan die plicht niets toe en werd geen beschikking geacht. De aanschrijving ingevolge lid 4, bevattende het oordeel dat een bepaalde hond gevaarlijk of hinderlijk is, is slechts dan als een rechtsoordeel op te vatten, wanneer die hond niet reeds gevaarlijk of hinderlijk is op grond van een in lid 3 genoemde eigenschap. In dat, zich in casu niet voordoende, concrete geval schept het door B & W als gevaarlijk of hinderlijk aanmerken de plicht tot muilkorven.

Artikel 29 APV Haren (N-B) bepaalt voor zover van belang, dat de

rechthebbende op een hond verplicht is ervoor te zorgen, dat: 'd die hond zich niet op de weg kan bevinden, anders dan aangelijnd, voldoende in iemands macht en voorzien van een doelmatige muilkorf of muilband, nadat burgemeester en wethouders hem schriftelijk medegedeeld hebben, dat zij die hond gevaarlijk achten.'

Hier schept steeds het oordeel van B & W de plicht tot muilkorven in het concrete geval. De Afdeling behandelde de aanschrijving van B & W van Haren dan ook als beschikking. De juistheid van dit oordeel kan door de rechter worden getoetst, maar is het oordeel juist bevonden dan kan de plicht tot muilkorven niet meer apart worden getoetst: de APV-bepaling verbindt dit gevolg dwingend aan een uitgesproken gevaarlijkheidsoordeel.

De Afdeling formuleerde het anders: 'De verplichting tot aanlijnen en muilkorven, na de mededeling van verweerders dat zij de hond van appellant gevaarlijk achten, vloeit rechtstreeks voort uit het in artikel 29, aanhef en onder d APV Haren (N-B) vervatte wettelijke voorschrift.'

Deze passage bevat een nogal verwarrende reminiscentie aan eerder in deze paragraaf behandelde uitspraken. Het (rechts-)oordeel van B & W wordt enigszins weggemoffeld, terwijl dit wel - impliciet overigens - als beschikking wordt beschouwd. Zonder de aanschrijving bevattende dit rechtsoordeel is er geen plicht, het rechtstreekse betreft de band tussen aanschrijving en rechtsgevolg, zoals geregeld in artikel 29 APV.

In diverse uitspraken is de vraag behandeld of het oordeel omtrent het wel of niet vereist zijn van een vergunning, vrijstelling e.d. een beschikking is. In Afd.R. 21.8.1979, tB/S V, 134 bepaalde de Afdeling heel algemeen: 'Het te kennen geven van een standpunt inzake de vraag of een bepaalde vergunning al dan niet is vereist . . ., is niet aan te merken als een besluit gericht op rechtsgevolg.' Dat dit te algemeen is gesteld leren de volgende uitspraken.

Afd.R. 12.5.1978, Gem.stem 6566, 3: De mededeling van B & W ex artikel 47, lid 2 Woningwet en artikel 14, lid 2, sub c bouwverordening dat geen bouwvergunning is vereist is een beschikking, omdat 'het bouwen zonder bouwvergunning alsdan niet verboden is'. (De mededeling is erop gericht het bouwverbod op te heffen). Zie in gelijke zin Wnd.Vz.Afd.R. 4.4.1977, tB/S XI, p. 39. Opgemerkt zij dat de MBV bepaalt dat geen vergunning is vereist indien B & W een mededeling van die strekking hebben gedaan.

Vz.Afd.R. 3.8.1978, tB/S V, 95: De mededeling van B & W dat geen

vergunningen nodig zijn om een bepaald pand in gebruik te nemen 'houdt een rechtsoordeel van verweerders in met betrekking tot een bepaling (artikel 352, lid 4 gemeentelijke bouwverordening, F.M.), waarvan de toepassing tot hun bevoegdheid behoort . . . '.

Vz.Afd.R. 29.4.1982, BR p. 758: De mededeling van B & W dat geen vrijstelling of vergunning voor het verharden van een bepaald perceel nodig is, moet, gelet op eerdere uitspraken van B & W omtrent de toelaatbaarheid van de verharding, geacht worden een vrijstelling in te houden ex artikel 352, lid 4 bouwverordening. Het geven van een oordeel komt in zo'n geval op hetzelfde neer als het verlenen van een vrijstelling. Zie ook Wnd.Vz.Afd.R. 26.8.1982, Gem.stem 6726, 5: De standpuntbepaling van B & W dat geen vrijstelling van bestemmingsplanvoorschriften is vereist voor de aanleg van een bepaalde weg is in feite een beslissing (ex artikel 19 Wet op de Ruimtelijke Ordening, van het tot vrijstellingsverlening bevoegde orgaan) die in zijn 'kracht en uitwerking' gelijk is aan een vrijstellingsbesluit en derhalve een beschikking. Idem Afd.R. 17.5.1985, AB 561.

Tenslotte nog een geval waarin een oordeel werd uitgesproken dat het midden houdt tussen een feitelijke constatering en een rechtsoordeel als in de hiervoor besproken gevallen. Het betreft de uitspraak Afd.R. 13.10.1981, AB 1982, 367. Appellant stond ingeschreven als woningzoekende, maar voldeed na enige tijd niet meer aan de normen voor inschrijving door het verliezen van de economische gebondenheid. Volgens artikel 6 van de 'Regelen omtrent de toepassing van artikel 1 Woonruimtetwet 1947' van de gemeente Vleuten-De Meern verviel de inschrijving als aan de in artikel 7 van de 'Regelen' opgenomen normen niet meer werd voldaan.

De constatering van B & W *dat* in casu door appellant vanaf een zeker tijdstip niet meer aan die normen werd voldaan - een volstrekt feitelijke constatering die door een ieder gedaan kan worden - werd aan appellant meegedeeld. Deze mededeling nu betrof volgens de Afdeling 'de vaststelling van de rechtsverhouding tussen hen en appellant voor wat betreft diens positie als woningzoekende, waaraan hun interpretatie van genoemd artikel 7 ten grondslag ligt'. Strikt genomen verviel de inschrijving van rechtswege maar er moet, zo begrijp ik de Afdeling, toch eerst worden vastgesteld dat dit zo is alvorens dat vervallen betekenis kan krijgen. En het aangewezen orgaan om de veranderde situatie vast te stellen is het college van B & W dat met de uitvoering van de regeling is belast.

Iets vergelijkbaars doet zich voor bij artikel 2 Woonruimtetwet dat bepaalt, dat de woonvergunning vervalt indien daarvan binnen 30 da-



gen na haar dagtekening geen gebruik is gemaakt. 'Naar Ons voorlopig oordeel volgt uit de tekst van deze wetsbepaling dat het vaststellen van het feit door B & W dat een woning niet in gebruik is bij dege-  
ne ten behoeve van wie de woonruimtevergunning is verleend gericht is op een rechtsgevolg, namelijk het vervallen van de betrokken woon-  
ruimtevergunning.' (Vz.Afd.R. 15.12.1981, AB 1982, 233).

### 3.3.4.2 *De beslissing op een verzoek om informatie*

Reeds voordat de Wet openbaarheid van bestuur (Wet van 9.11.1978, Stb. 581) (Wob) op 1 mei 1980 van kracht werd, werd in de literatuur een discussie gevoerd over de vraag of de Afdeling rechtspraak van de Raad van State zou kunnen oordelen over een overheidsbeslissing op een verzoek om informatie op grond van de Wob. Anders gezegd: zou een dergelijke beslissing worden opgevat als een beschikking in de zin van de Wet Arob? Schelhaas<sup>252</sup> en Scheltema<sup>253</sup> meenden dat zo'n beslissing geen beschikking zou zijn doch slechts (een besluit gericht op) feitelijk handelen. Steenbeek<sup>254</sup> had zijn twijfels omtrent dit punt. De regering was er daarentegen van overtuigd, dat hier van een Arob-beschikking sprake was, ofschoon uiteraard alleen de rechter in laatste instantie de vraag definitief kon beantwoorden.<sup>255</sup> Ook Beers - en in zijn voetspoor o.a. C.H.F. Polak, De Meij, Meiresonne - en Waardenburg waren van oordeel dat de beslissing op een verzoek om informatie na 1 mei 1980 als een beschikking moest worden beschouwd.<sup>256</sup>

De Arob-rechter heeft zich inmiddels duidelijk bevestigend uitgesproken omtrent de vraag of de beslissing op een verzoek om informatie op grond van de Wob een Arob-beschikking is. (Bijvoorbeeld Vz.Afd.R. 9.4.1981, AB 404 en Afd.R. 16.4.1981, AB 379). Zie al vóór 1 mei 1980 met betrekking tot de ter zake vrijwel gelijklopende Verordening passieve openbaarheid van de gemeente Utrecht, Vz.Afd.R. 27.11.1979, AB 1980, 77, Gem.stem 6599,4 en - minder duidelijk - Afd.R. 30.8.1979, tB/S V, 136 (bouwverordening Tilburg).

Hetzelfde standpunt als bij Wob-beslissingen werd ingenomen ten aanzien van een beslissing op een verzoek om informatie ingevolge de Beschikking bescherming persoonlijke levenssfeer ingeschrevenen voor de dienstplicht (Stcrt. 1978, 139) (Afd.R. 11.8.1981, Gem.stem 6702,7) en ingevolge de Archiefwet (Afd.R. 5.1.1982, Gem.stem 6723,5). In al deze gevallen worden overwegingen gegeven waarvoor de volgende model kan staan: 'Nu de wet - zij het onder bepaalde voorwaarden - rechtens aanspraak op informatie geeft is een besluit

daaromtrent door een overheidsorgaan naar Ons aanvankelijk oordeel gericht op rechtsgevolg'. (Vz.Afd.R. 9.4.1981, AB 404). Is er geen wettelijke bepaling die een dergelijke aanspraak (in algemene zin) verleent, zoals voor 1 mei 1980 de normale situatie was, dan is de beslissing ook niet op rechtsgevolg gericht (Vz.Afd.R. 17.11.1977, tB/S V, p. 183 en Afd.R. 20.10.1980, tB/S V, 203).

Alvorens een eigen oordeel over deze jurisprudentie te geven wil ik in het kort uiteenzetten waarop het meningsverschil tussen vorenge-noemden neerkomt en welke bezwaren de verschillende standpunten oproepen.

Schelhaas en Scheltema stellen dat het geven van informatie een feitelijke handeling is - hetgeen niet voor betwisting vatbaar is - en dat het besluit om wel of niet aldus te handelen derhalve een besluit gericht op feitelijk handelen is en dus geen beschikking.<sup>257</sup> Het is echter geen redenering die ertoe leidt dat de Arob-rechter buiten spel blijft. De noodzakelijke aanvulling van Beers en anderen is, dat een besluit om wel of niet informatie te verstrekken het karakter van rechtshandeling kan hebben, namelijk wanneer dat besluit tevens inhoudt een vaststelling van het recht op die informatie dan wel van de afwezigheid van zo'n recht. En dit nu is sinds de inwerkingtreding van de Wob het geval, zo stellen zij.

Beers maakt een onderscheid tussen:

- '1 het besluit de gevraagde informatie te verstrekken;
- 2 de uit de wet voortvloeiende rechtsverhouding die als gevolg van het besluit in concreto bindend wordt vastgesteld; en
- 3 het feitelijk verstrekken van de informatie als uitvoeringshandeling van het besluit'.<sup>258</sup>

Dit onderscheid wordt volgens hem door Schelhaas en Scheltema niet in het oog gehouden. Dit verwijt lijkt me niet terecht: zij ontkennen slechts, dat het besluit om informatie te verstrekken tevens een recht op die informatie geeft respectievelijk het besluit om informatie te weigeren een recht op die informatie ontkent.<sup>259</sup>

Beers echter meent<sup>260</sup>, dat door het besluit om de gevraagde informatie te verstrekken ook is vastgesteld dat de verzoeker op die informatie recht heeft. Hij miskent daarmee dat de Wob een minimum-regeling met betrekking tot openbaarheid is: de overheid *moet* geven waarop de burger recht heeft, maar ze mag - behoudens wettelijk verbod uiteraard, zoals artikel 4 Wob - méér geven dan waarop de burger recht heeft. Artikel 1, lid 2 Wob verbiedt geenszins stukken openbaar te maken die nog in bewerking zijnde gegevens of persoonlijke

beleidsopvattingen bevatten, het zegt slechts dat dergelijke openbaarheid niet kan worden afgedwongen. Welnu, het besluit om een stuk openbaar te maken waarop de verzoeker geen recht heeft houdt geenszins het scheppen of bindend vaststellen van welk rechtsgevolg dan ook in en is dus geen beschikking. Onduidelijk is dan ook hoe de Afdeling een beslissing om vòòr 1 mei 1980 uitgebrachte adviezen openbaar te maken - waartoe volgens artikel 8 géén verplichting bestaat - een beschikking kan achten. (Afd.R. 16.4.1981, AB 379, Gem.stem 6676,5). Wie krijgt nu waar recht op?<sup>261</sup> Overigens, ook het besluit om informatie te verstrekken waarvan niet duidelijk is of de verzoeker er recht op heeft<sup>262</sup>, zal zelden of nooit gepaard gaan met een standpuntbepaling van het verstreckende orgaan omtrent het recht op verstrekking. De informatie wordt eenvoudig gegeven. Zo redeneert ook Waardenburg.<sup>263</sup>

Het benaderde overheidsorgaan *kan* uiteraard wel een besluit nemen over het al dan niet te geven recht op de gevraagde informatie, bijvoorbeeld om ten opzichte van derden duidelijk te maken dat het orgaan zich gehouden acht tot verstrekking over te gaan en derden in de gelegenheid te stellen dit besluit bij de rechter aan te vechten. Dit besluit is namelijk wel een beschikking, omdat het een beweerde aanspraak in rechte bevestigt, kortom een rechtsoordeel inhoudt.

Hoe ligt een en ander nu bij de weigering aan het verzoek om informatie te voldoen? In theorie niet anders. De weigering om informatie te verstrekken is een volstrekt feitelijke aangelegenheid. Bij de weigering kan men, zomin als *mutatis mutandis* bij de inwilliging stellen, dat daarmee ook een recht op informatie wordt ontkend.<sup>264</sup> Iets anders is, dat men, bij wijze van juridische constructie, ervan kan uitgaan, dat weigering van informatie een besluit impliceert waarbij ook het recht op informatie wordt ontkend. Volgens de wet mag gevraagde informatie alleen worden geweigerd als er geen recht op is. Deze aanname van de impliciete ontkenning van het recht op informatie is ook realistisch (tenzij men meent dat overheidsorganen notoire wets-overtreders zijn), terwijl een soortgelijke aanname bij het verstrekken van informatie nu juist niet realistisch is.

Keren we nu terug naar de overwegingen van de Arob-rechter, in het bijzonder naar de hiervóór geciteerde standaardoverweging. Deze komt op het volgende neer. Wanneer de beslissing op een verzoek om informatie haar grond vindt in een wettelijke regeling is die beslissing een beschikking omdat daarmee dan tevens is beslist over het recht

op de gevraagde informatie. Hiermee kan in zoverre worden ingestemd, dat niet de informatieverstrekking, maar de aanspraak daarop centraal staat.<sup>265</sup> Bezwaar is echter, dat een beslissing omtrent die aanspraak wordt aangenomen óók in het geval de aanwezigheid van zo'n beslissing uiterst dubieus is, namelijk bij de verstrekking van informatie. Ook dan kan er, voor derden, behoefte bestaan aan een rechterlijke toetsing. De Afdeling heeft hen de omweg van het vragen van een expliciete beslissing omtrent de aanspraak op de te geven of reeds verleende informatie willen besparen. Ook bij een positieve beslissing wordt een impliciet besluit inzake de aanspraak aangenomen. Dat blijft iets gewrongens houden, al kan men de opstelling van de Arob-rechter wel praktisch vinden.

Tenslotte nog een enkele opmerking over artikel 8a Wob. Dit artikel luidt: 'Tegen beschikkingen die berusten op hetgeen bij of krachtens deze wet is bepaald, staan geen andere administratiefrechtelijke voorzieningen open dan die ingevolge de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Stb. 1975, 284)'. Het laat onbesproken welke beslissingen als beschikking moeten worden aangemerkt en is dan ook voor de in deze paragraaf behandelde vraag zonder belang.<sup>266</sup>

### 3.3.5 *De herhaalde beslissing*

Een herhaalde beslissing is een beslissing die identiek is aan een andere, eerder genomen beslissing dan wel op hetzelfde neerkomt. De vraag die in deze paragraaf moet worden beantwoord is of de beslissing waarbij een beschikking wordt herhaald ook zelf een beschikking is of kan zijn. Waarom nemen overheidsorganen soms een nieuw besluit in een zaak waarin zij reeds eerder een besluit van gelijke strekking hebben genomen? Dit kan geschieden omdat ze daartoe verplicht zijn. In het kader van de Arob-procedure zijn organen van de gedecentraliseerde overheden dit wanneer een bezwaarschrift wordt ingediend tegen een door hen genomen Arob-beschikking (artikel 14 Wet Arob). Door de Arob-rechter is uitgemaakt, dat daarbij een volledige heroverweging van het primaire besluit dient plaats te hebben zowel op rechtmatigheids- als op doelmatigheidsaspecten. (Zie bijvoorbeeld Afd.R. 16.11.1978, tB/S II, 27 en Vz.Afd.R. 1.3.1979, AB 350, tB/S II, 37).

En vanzelfsprekend dient ook na een vernietiging door de Afdeling het orgaan welks besluit is vernietigd een nieuw besluit te nemen na

heroverweging: met name met inachtneming van de uitspraak van de Afdeling (artikel 73 Wet op de Raad van State). Een andere reden om de besluitvorming over te doen is een verzoek daartoe.<sup>267</sup> De besluitnemer kan, al dan niet op instigatie van verzoeker, van mening zijn veranderd of het in ieder geval nodig achten een en ander nog eens te onderzoeken, bijvoorbeeld omdat zich sinds het genomen besluit mogelijk dan wel zeker feiten hebben voorgedaan die eventueel tot een andere uitkomst kunnen leiden dan in eerste instantie het geval was. De hernieuwde besluitvorming kan vervolgens tot een andere conclusie leiden dan de primaire, maar het is natuurlijk ook mogelijk dat de conclusies en de daarop volgende besluiten gelijklopend zijn.

Alvorens op de hoofdvraag, naar het karakter van het herhalingsbesluit, in te gaan, moet eerst worden vastgesteld wanneer twee besluiten als (materieel) identiek kunnen worden beschouwd.

Dat is allereerst het geval wanneer bij beschikking wordt geweigerd aan een verzoek, bijvoorbeeld om een vergunning te verlenen, te voldoen en op een herhaald verzoek om hetzelfde opnieuw en op dezelfde wijze negatief wordt beslist. Van, althans materieel, identieke besluiten kan echter ook worden gesproken wanneer wordt geweigerd op een eerder genomen 'positieve' beslissing terug te komen.<sup>268</sup> Men mag dit niet te ruim nemen. Zo kunnen de respectievelijke toestemmingen voor een jaarlijks terugkerend evenement wel verwantschap vertonen, gelijk zijn ze niet (Wvd.Vz.Afd.R. 30.9.1981, TvO 1983, p. 342). Zo valt ook de intrekking van een Drank- en Horecawetvergunning wel te onderscheiden van de weigering daarna een nieuwe vergunning te verlenen (Afd.R. 16.6.1978, AB 1979, 158).

Meer in het algemeen geldt, dat waar de wetgever het ongedaan maken van een beschikking door intrekking, opheffing e.d. apart heeft geregeld, niet van een herhaling - zelfs niet van een materiële - kan worden gesproken wanneer dat ongedaan maken wordt geweigerd. Zie voor de weigering een bouwvergunning in te trekken o.a. Vz.Afd.R. 30.9.1976, AB 1977, 66, Afd.R. 23.9.1977, AB 1978, 213 en Afd.R. 2.12.1977, BR 1978, p. 312 en voor de weigering een bevel tot sluiting op te heffen Vz.Afd.R. 9.8.1979, tB/S II, 46. De wetgever heeft de ongedaanmaking in dit soort gevallen apart geregeld met het oog op zich na de beschikking mogelijk voordoende in de regeling wel omschreven veranderingen in de situatie.<sup>269</sup>

Wat is nu het karakter van een beslissing waarbij een eerder genomen beschikking wordt herhaald? Het antwoord van de Afdeling rechtspraak luidt dat een dergelijk besluit géén beschikking is tenzij '...

zou blijken, dat verweerder na heroverweging op grond van nieuw gebleken feiten of omstandigheden een nieuw besluit zou hebben genomen, dan wel, indien dit niet het geval is, verweerder op grond van de nader aangevoerde feiten of omstandigheden gehouden was om zijn eerdere besluit in heroverweging te nemen.' (Afd.R. 3.4.1979, AB 1980, 97).<sup>270</sup>

Uit deze overweging blijkt dat het bestaan van nieuwe, althans nieuw gebleken<sup>271</sup>, feiten of omstandigheden, kortweg nova, beslissend is en niet de heroverweging.<sup>272</sup> Ook zonder heroverweging kan de herhaalde beslissing een beschikking zijn, mits zich maar nova hebben voorgedaan.<sup>273</sup> Doen zich nova voor dan moet worden heroverwogen. Doen die zich niet voor, dan is heroverweging ook niet voldoende om de herhaalde beslissing tot een beschikking te maken; het administratief orgaan mag de burger niet op deze wijze aan een extra beroepsmogelijkheid helpen. 'De mogelijkheid tot het vragen van voorziening tegen een beschikking wordt exclusief beheerst door de daaromtrent in de wet gegeven voorschriften' (Vz.Afd.R. 15.2.1985, AB 299; zie eerder Afd.R. 4.7.1980, AB 613 en Afd.R. 4.9.1981, AB 541).

Aanvankelijk werd de heroverweging centraal gesteld, van nova werd niet gesproken. Zie o.a. Vz.Afd.R. 14.10.1976, AB 1977, 19 en Afd.R. 30.11.1977, AB 1978, 54, in welke laatste uitspraak de Afdeling overwoog: 'Het bestreden besluit voldoet ook overigens aan de eisen die art. 2 Wet A.r.o.b. stelt, nu dit besluit kennelijk is tot stand gekomen na heroverweging door verweerder en derhalve zelfstandig op rechtsgevolg is gericht.'

Ook meer recent echter zijn er uitspraken te noemen waarbij op zijn minst de indruk wordt gewekt dat het wel of niet heroverwogen beslissend zou zijn. Zie Vz.Afd.R. 6.9.1984, AB 1985, 233, Gem.stem 6799,<sup>7274</sup> en Vz.Afd.R. 25.9.1984, AB 1985, 138. Deze uitspraken zijn of onzorgvuldig geredigeerd of in tegenspraak met de novajurisprudentie.<sup>275</sup>

Dat het bestaan van nova een aan een reeds genomen beschikking 'identiek' besluit ook tot beschikking stempelt is begrijpelijk. Dat de twee besluiten er hetzelfde uitzien is immers niet doorslaggevend: hun betekenis en rechtmatigheid worden bepaald door het totale samenstel van feiten en normen op het moment dat ze worden genomen. Zijn die feiten en/of normen niet identiek, dan zijn ook de besluiten dit niet.

Ter beantwoording resteren nog de vragen wat nu eigenlijk onder

‘nieuwe feiten en omstandigheden’ ofwel nova moet worden verstaan, wie die nova in de procedure naar voren moet brengen en op welk moment.

Wat dient precies te worden verstaan onder nieuwe feiten en omstandigheden? Laat ik beginnen met enkele voorbeelden.

Afd.R. 21.8.1981, Gem.stem 6681, 8: Het inmiddels geschorst zijn van de verklaring van geen bezwaar die ten grondslag lag aan de gewraakte bouwvergunning (waartegen in casu een bezwaarschrift was ingediend) vormt een nieuwe omstandigheid.

Afd.R. 7.2.1980, Gem.stem 6633, 4: Het vervallen van het voorbereidingsbesluit vormt een zodanig essentiële wijziging in de omstandigheden, dat B & W voor hun hernieuwde waarschuwing hadden moeten heroverwegen.

Afd.R. 19.7.1979, tB/S V, 131: De op het verzoek van appellant van toepassing zijnde bepalingen zijn sinds zijn eerste aanvraag zodanig ingrijpend gewijzigd, dat verweerders ten onrechte een heroverweging terzake achterwege hebben gelaten.

Vz.Afd.R. 10.11.1977, AB 1978, 307: Het gebruik van de bevoegdheid tot uitoefening van bestuursdwang is afhankelijk gesteld van het verwerpen van het beroep dat verzoeker had ingesteld bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State. De uitspraak van de Afdeling vormt een nieuwe omstandigheid.

Deze voorbeelden geven aan, dat bij een nieuwe stand van zaken in bestuur, wetgeving of rechtspraak van een novum kan worden gesproken. Eigenlijk kunnen elk feit en elke omstandigheid een novum vormen wanneer ze maar relevant zijn voor het besluit in kwestie. Bijzondere aandacht verdient het novum-karakter van het verstrijken van termijnen.

Het verstrijken van een termijn zonder meer - met name zonder dat daaraan rechtsgevolgen zijn verbonden - kan niet als een novum worden beschouwd. Elk besluit zou onmiddellijk nadat het is genomen aan een herzieningsverzoek onderworpen kunnen worden, zonder de mogelijkheid verzoeker niet te ontvangen (geen ne bis in idem) en de beslissing op zo'n verzoek zou een beschikking zijn.<sup>276</sup>

Wat echter te denken van een hernieuwde bestuursdwangwaarschuwing waarin, nadat de termijn genoemd in de eerste waarschuwing ongebruikt is verstreken, een nieuwe termijn wordt genoemd waarbinnen alsnog aan het in de waarschuwing gestelde moet worden voldaan. Door na het verstrijken van de termijn niet op te treden is de genoemde uiterste datum geen dead-line gebleken. Het bevoegd ge-

zag heeft daarna kennelijk besloten de overtreder opnieuw een kans te geven. Het verstrijken van de termijn brengt volgens de Arob-rechter geen verandering in de verplichting van de overtreder en de bevoegdheid van het tot bestuursdwang bevoegde gezag, er is dus geen nieuw, op rechtsgevolg gericht besluit. Zie o.a. Vz.Afd.R. 28.7.1976, AB 198; Vz.Afd.R. 14.9.1976, AB 1977, 1; Vz.Afd.R. 7.1.1977, tB/S V, p. 25 en Afd.R. 16.12.1977, AB 1978, 192.<sup>277</sup>

Toch zit er onmiskenbaar een nieuw element in zo'n 'herhalingswaarschuwing'. Het noemen van een nieuwe termijn immers brengt wel rechtens een verandering teweeg, namelijk het zichzelf ontnemen van de bevoegdheid binnen de in de tweede waarschuwing genoemde termijn op te treden. Er is dan dus geen na heroverweging op grond van nieuw gebleken feiten of omstandigheden genomen herhalingsbesluit (dat om die reden een beschikking zou zijn), er is gewoon een ander besluit. Veel meer voel ik dan ook voor de opvatting van Van der Veen (in zijn noot onder Afd.R. 16.12.1977, AB 1978, 192) die de 'herhalingswaarschuwing-met-nieuwe-termijn' wel als een beschikking ziet. Met name derden zouden tegen het opschorten van de bestuursdwangbevoegdheid in beroep moeten kunnen gaan.

Dat dit alles zou leiden tot een situatie waarin 'klagers via een eindeloze briefwisseling de beëindiging van hun onwettig handelen ongelimiteerd zouden kunnen uitstellen!', zoals Van Maarseveen opmerkt onder Vz.Afd.R. 7.1.1977, tB/S V, p. 25, vermag ik niet in te zien. Het staat het betrokken overheidsorgaan toch vrij al dan niet nieuwe termijnen te stellen. Doet het dit niet - maar stuurt het eventueel alleen een herinnering - dan is het 'spel' ook in mijn visie uit. Toegegeven zij dat dit de soepelheid waarmee nieuwe termijnen worden gesteld wel zal doen verminderen.<sup>278</sup>

Een andere situatie doet zich voor wanneer bij een 'nagezonden verbeterd exemplaar van een besluit' slechts een ondergeschikte correctie is aangebracht, hetgeen ook een misstelling van de datum kan bevatten. Een dergelijke correctie houdt geen nader besluit in (maar moet worden geïncorporeerd in het eerste). Zie Vz.Afd.R. 4.1.1977, AB 173.<sup>279</sup> Wat overigens het overheidsorgaan als een 'schrijffout' interpreteert kan anderzijds zodanig ingrijpend van betekenis zijn, dat een correctie daarvan slechts als een nieuw besluit kan worden gezien. Zie Afd.R. 28.10.1980, Gem.stem 6663,5 (wijziging van een beschikking tot vaststelling van een bijdrage).

Kunnen ook nieuwe argumenten tot de nova worden gerekend? Te denken valt hierbij bijvoorbeeld aan het wijzen op niet eerder vermel-



de jurisprudentie, kamerstukken, KB's e.d. die de betreffende instantie tot een andere interpretatie zouden moeten brengen van bepaalde wetsartikelen. Dit deed zich voor in CRvB 15.10.1976, AB 1977, 60. De Raad vond dat het overheidsorgaan bij een verzoek om terug te komen op een eerdere beslissing, niet kon volstaan met een niet-ontvankelijkverklaring, maar op deze nieuwe argumenten moest ingaan. Argumenten worden door de Afdeling rechtspraak niet als nova erkend. Dit lijkt me juist. Wanneer relevante feitelijke aangelegenheden niet bekend waren ten tijde van de primaire beslissing dan is er alle reden voor die alsnog mee te wegen in een nieuwe beslissing. Over de rechtsvraag moet ineens worden beslist om niet in een eindeloos juridisch debat te geraken. Het besluitnemende overheidsorgaan wordt geacht het recht te kennen en wanneer dat in concreto niet het geval blijkt te zijn geweest (op zich niet dramatisch en zeker niet altijd vermijdbaar) dan is er de rechter die - terecht - het laatste woord heeft, met name over het recht.

Zijn alleen de door appellant naar voren gebrachte nova relevant of dient het overheidsorgaan uit eigen beweging nova op te sporen?

Tot op zekere hoogte brengt de zorgvuldigheid mee dat de overheid ook uit eigen beweging nagaat of zich nova hebben voorgedaan. Maar alles in redelijkheid: als appellant zelf niets nieuws aanvoert en zich niet duidelijk nieuwe feiten of omstandigheden aandienen, m.a.w. zodanig bekend zijn dat ze ook bij de besluitnemer bekend horen te zijn, dan kan niet worden verwacht dat het overheidsorgaan zijn organisatie lam legt in een eindeloze speurtocht naar nova.

Wanneer moeten nova naar voren worden gebracht?

Normaliter zullen nova bij een verzoek om een nieuwe beslissing naar voren worden gebracht. De vraag tot welk moment men nova kan aandragen is overigens voor dit onderwerp niet direct van belang. Daarom slechts een enkele opmerking.

Het karakter van de bezwaarschrift-procedure brengt met zich mee dat nova die na de primaire beslissing doch voor de beslissing op het bezwaarschrift bekend worden, worden meegenomen in de beslissing op het bezwaarschrift. Maar dat is ook de uiterste mogelijkheid. Nova die daarna naar voren komen kunnen geen rol meer spelen vanwege het ex tunc karakter van de rechterlijke toetsing. Wel kan men dan het overheidsorgaan weer om een geheel nieuw besluit vragen, dat, als zich inderdaad nova voordoen, alsdan weer inzet van een Arob-procedure kan worden.

Wanneer een besluit wordt genomen naar aanleiding van een verzoek en daarna een gelijkluidend verzoek wordt gedaan onder dezelfde omstandigheden, dan kan men zich naast de vraag wat het rechtskarakter van het tweede besluit is de vraag stellen of het overheidsorgaan in tweede instantie hetzelfde besluit zonder meer mag of zelfs behoort te nemen, althans een zodanig besluit dat daarmee niet op het eerste wordt teruggekomen. We komen hier aan het ne bis in idem-beginsel<sup>280</sup> dat de Arob-rechter voor het administratieve recht erkent - zie o.a. Afd.R. 30.10.1980, AB 1981, 124 en Afd.R. 4.9.1981, AB 541 - en inhoudt 'dat ter motivering van een negatieve beslissing op een herhaalde aanvraag kan worden volstaan met verwijzing naar de op een eerdere aanvraag gegeven beslissing' (Vz.Afd.R. 6.2.1984, AB 290). Aan de gelijkheid in verzoek (aanvraag) en omstandigheden 'staan geringe verschillen in detailpunten niet in de weg', aldus de Afdeling (Afd.R. 7.10.1980, AB 1981, 377). De Arob-rechter gaat nog verder door te stellen dat op een dergelijk herhaald verzoek ook niet positief *mag* worden beslist - zie naast genoemde uitspraken ook Afd.R. 7.3.1980, tB/S V, 169 -. Heel lang was vaste jurisprudentie dat in zo'n geval een niet-ontvankelijk verklaring hoort te volgen. In zijn uitspraak (ex artikel 78 Wet RvS!) van 22.2.1985 heeft de voorzitter echter opgemerkt, dat in gevallen waarbij het ne bis in idem-beginsel kan worden toegepast het verzoek niet niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, doch moet worden afgewezen. (Vz.Afd.R. 22.2.1985, tB/S VIII, 88, Gem.stem 6787). Waar zoals in casu administratief beroep uitsluitend tegen afwijzingen en niet tegen niet-ontvankelijk verklaringen open staat heeft deze koerswijziging dus gevolg voor de soort rechtsbescherming in die gevallen.

Niet zozeer een verandering in als wel een terechte aanvulling op de bestaande jurisprudentie bracht Afd.R. 12.4.1985, tB/S V, 369: ook wanneer zich geen nova voordoen mag het administratief orgaan in tweede instantie een ander besluit nemen wanneer het eerste besluit onjuist was.

Een kort resumé is op zijn plaats.

Het zich wel of niet voordoen van nova is in twee opzichten van belang. Ten eerste: zijn er nova dan moet een reeds genomen beslissing op verzoek worden heroverwogen, zijn er geen nova dan mag geen inhoudelijk nieuw besluit worden genomen (tenzij het eerste onjuist was) en kan worden volstaan met verwijzing naar het eerste besluit (ne bis in idem). Ten tweede: zijn er nova dan is de herhaalde beslissing, al dan niet na heroverweging, een beschikking wanneer ook de

eerste beslissing dat was, zijn er geen nova dan is de herhaalde beslissing, al dan niet na heroverweging, géén beschikking. Bij de laatste conclusie past enige voorzichtigheid met het oog op enkele hiervoor behandelde voorzitters-uitspraken.

Tenslotte: deze jurisprudentie vormt een uitdrukking van het beginsel 'lites finiri oportet'. Dit zou ook op andere wijze uitdrukking kunnen vinden. Men kan stellen dat bij een procedure tegen een besluit waarbij rehtens niets verandert verzoeker geen belang heeft.<sup>281</sup> De systematiek van de Wet Arob vergt echter eerst een onderzoek naar de aanwezigheid van een beschikking alvorens de vraag naar het belang aan de orde komt.

### 3.3.6 *Beschikkingen zonder (specifieke) wettelijke basis*

Het ideaal van de rechtsstaat omvat het beginsel van de wetmatigheid van bestuur. Daarmee in strijd zijn beschikkingen zonder wettelijke basis, althans wanneer ze een belastend karakter hebben. Waar in het kader van de subsidiëring met gemengd belastend-begunstigende beschikkingen reeds een forse verwijdering van dit ideaalbeeld optreedt worden ook daarbuiten wel beschikkingen aangenomen zonder (specifieke) wettelijke grondslag (zie hierover meer uitgebreid hoofdstuk 4). Een probleem vormt de afgrenzing van beschikkingen, als publiekrechtelijke rechtshandelingen, ten opzichte van rechtshandelingen naar burgerlijk recht. In deze paragraaf echter wordt de volgende vraag aan de orde gesteld: kan een overheidsbesluit dat niet op een wet is gebaseerd en ook geen privaatrechtelijk karakter draagt op rechtsgevolg zijn gericht?<sup>282</sup> In de literatuur<sup>283</sup> wordt wel aangenomen dat zulks mogelijk is, gelet op bepaalde - hieronder nader te beschouwen - uitspraken van de Arob-rechter. In plaats van de wet zouden volgens sommigen ook pseudowetgeving en/of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de grondslag voor een beschikking kunnen vormen. Voorzover dit standpunt is gebaseerd op zekere rechterlijke uitspraken dient te worden nagegaan of het, in het licht van de door de Arob-rechter gehanteerde systematiek, zoals deze in dit hoofdstuk is beschreven, houdbaar is.<sup>284</sup>

In Afd.R. 6.11.1979, tB/S V, 148 was aan de orde de intrekking van de toestemming om een bord met de tekst Restaurant (bord 116 van bijlage II hoofdstuk III RVV) langs de rijksweg geplaatst te houden. Artikel 131 RVV spreekt slechts over de bevoegdheid voor het behorende openbaar lichaam - of bij gebreke daarvan de eigenaar van de

weg - borden te plaatsen. De directeur-generaal van Rijkswaterstaat (verweerder) heeft echter richtlijnen ontworpen die voorzien in het toestemmen aan belanghebbenden om zelf te plaatsen wanneer deze aan bepaalde voorwaarden voldoen. Om deze reden, het bestaan van pseudowetgeving, kan een beschikking worden aangenomen, zo menen Ten Berge en Stroink in hun aantekening.

De Afdeling leidt de bevoegdheid tot het verlenen van toestemming af uit de samenhang tussen artikel 131 RVV en bedoelde richtlijnen, alsmede uit de voorheen gebruikelijke toepassing van artikel 5, lid 1 onder g Rijkswegenreglement, dat voor het plaatsen van een bord als hier bedoeld een vergunning van de Minister van Verkeer en Waterstaat eist. Voor zover de (weigering van de) toestemming (of intrekking daarvan) mede betrekking zou hebben op het Rijkswegenreglement - waarbij de beslissing van de D.G. dan namens de minister zou moeten zijn genomen - valt er zonder probleem een beschikking te traceren. De Afdeling gooit het echter primair op artikel 131 RVV. Maar dit artikel kent geen toestemming welke een verbod zou opheffen. De Afdeling acht de mogelijkheid van toestemming er kennelijk in besloten liggen. Een dergelijke toestemming zou mijns inziens echter privaatrechtelijk zijn en ook door de particuliere eigenaar, wanneer geen openbaar lichaam beheerder is, kunnen worden verleend. Overigens: waar in casu wel een openbaar lichaam beheerder is, is dat de Staat. Deze dient te worden vertegenwoordigd door de Minister van Verkeer en Waterstaat, voor welke een ambtenaar kan optreden. Dat de D.G. hier verweerder blijkt te zijn met de H.I.D. Noord-Brabant en de minister (!) als derde-belanghebbenden vind ik ronduit verbijsterend. Een en ander stimuleert om deze uitspraak - van de enkelvoudige kamer - met een flinke korrel zout te nemen.

Gezien de, overigens onduidelijke, wettelijke basis van de beschikking zou ik in deze uitspraak toch geen steun willen zien voor de opvatting dat een beschikking ook een pseudowettelijke basis kan hebben. De uitspraak Afd.R. 4.7.1978, tB/S V, p. 319<sup>285</sup>, waarbij de weigering een bord model 109 (benzinepomp) te plaatsen en geen beschikking werd geacht, lijkt me echter juist.

Ook Afd.R. 7.7.1980, tB/S V, 189 heeft Ten Berge en Stroink er toe gebracht zich - kritisch - af te vragen of van een beschikking zonder wettelijke basis sprake kon zijn (zie hun aantekening). De casus betreft de overdracht van een woningwetwoning. Voor die overdracht was volgens de minister geen goedkeuring van zijn kant vereist, de gemeenteraad was bevoegd over de overdracht te beslissen. Nu sluit het een het ander niet uit, dus ging de Afdeling op zoek naar de wette-

lijke basis van 's ministers bemoeienis, in casu bestaande in een negatief oordeel over het in aanmerking komen van appellant voor bedoelde overdracht. Zij vond deze in een op het Besluit geldelijke steun volkshuisvesting (Stb. 1976, 470) gebaseerde ministeriële regeling. (Het Besluit is gebaseerd op de Woningwet.) De minister betwijfelde of deze regeling op het onderhavige geval wel van toepassing was; naar zijn mening was zijn oordeel slechts op een circulaire gebaseerd. Van dit standpunt gaan blijkbaar ook Ten Berge en Stroink uit. Zou dit juist zijn dan zou de goedkeuring van de minister op pseudowettelijk drijfzand berusten; nu de Afdeling echter - al dan niet terecht - eerdergenoemde ministeriële (wettelijke!) regeling als basis nam lijkt ook hier niet van onwettmatig bestuur te kunnen worden gesproken. Wel kan men zich de vraag stellen waarom de goedkeuring niet een privaatrechtelijk karakter krijgt door 'oplossing' in de koopovereenkomst. De Afdeling heeft deze vraag ongemotiveerd ontkennend beantwoord. Misschien is zo'n overeenkomst uitoefening van de publieke taak?<sup>286</sup> Het is jammer dat een niet-lijdelijke rechter als de Afdeling rechtspraak zich zo gemakkelijk van een dergelijke vraag afmaakt, uitsluitend omdat een en ander 'door verweerder niet ten grondslag is gelegd aan het bestreden besluit'.

Soms zijn voorafgaand aan beschikkingen bepaalde besluiten, verklaringen e.d. nodig, die voor de inhoud van de beschikking van doorslaggevend belang kunnen zijn. Daarover is eerder gesproken.<sup>287</sup> Omdat sommige schrijvers deze besluiten tot beschikking willen verheffen, met name ook waar deze een wettelijke grondslag ontberen, kom ik er hier nog kort op terug.

In zijn noot onder Vz.Afd.R. 12.11.1984, AB 1985, 399 neemt Fernhout een dergelijk standpunt in. Het gaat in deze uitspraak over een verklaring inzake passende woonruimte, te geven door de gemeentelijke huisvestingsautoriteiten, en van groot belang voor het verkrijgen van een verblijfsvergunning te geven door het hoofd van de plaatselijke politie dan wel de Staatssecretaris van Justitie. De voorzitter constateert dat zo'n verklaring geen wettelijk vereiste is, niet beslissend is voor de verblijfsvergunning en derhalve niet op rechtsgevolg gericht. Fernhout wijst er op dat de beginseltoestemming voor het opnemen van een buitenlands pleegkind ook geen wettelijk vereiste is voor een verblijfsvergunning (ten behoeve van een dergelijk kind) doch wel als beschikking wordt beschouwd. Zie o.a. Afd.R. 21.4.1983, AB 478.

Nu zal de beginseltoestemming zelf niet snel voorwerp van geschil

vormen, wel de weigering. Waar de beginseltoestemming duidelijk iets voorlopigs heeft kan men de weigering daarvan zien als een weigering op voorhand van de verblijfsvergunning welke door dezelfde instantie wordt afgegeven, te weten de staatssecretaris.<sup>288</sup> Deze constructie is bij de verklaring inzake passende woonruimte niet mogelijk, omdat voorbereidingshandeling en beschikking daar niet in één hand zijn. Of de figuur van de impliciete weigering van een verblijfsvergunning hier een rol speelt blijft overigens onzeker zo lang de Afdeling het beschikkingskarakter van de weigering van een beginseltoestemming weigert te motiveren.

Met Fernhout vraag ik mij af of het - systematisch te verklaren - verschil in rechtsbescherming tussen de twee behandelde gevallen gerechtvaardigd is. Gaat men echter beschikkingen baseren op algemene beginselen in samenhang met pseudowetgeving dan is niet alleen het hek van de dam, maar dan ziet men ook over het hoofd dat die beginselen voor alle bestuurshandelingen gelden en reeds daarom ondeugdelijk zijn om te dienen als basis voor een onderscheid tussen de verschillende bestuurshandelingen.<sup>289</sup>

De niet zelfstandig toetsbare voorbereidingshandeling zal altijd - zij het soms zeer marginaal - ter toetsing kunnen komen bij de beoordeling van de beschikking. Om nog een voorbeeld te geven: het aanmerken als voorlopig wijkorgaan door de gemeenteraad van Rotterdam mag voor de subsidiebeschikking van B & W van groot belang zijn, B & W houden daarbij een eigen verantwoordelijkheid, met name om te bezien of zich een uitzonderingsgeval voordoet. De weigering van de raad tot een dergelijk aanmerken over te gaan is dan ook geen beschikking (Afd.R. 7.1.1983, tB/S V, 293).

Een niet onbelangrijke kwestie is die van de besluiten gebaseerd op de Paspoortinstructie Nederland 1952. Het is vaste Arob-jurisprudentie dat deze instructie niet kan worden aangemerkt als een algemeen verbindend voorschrift, terwijl besluiten op basis van de instructie wel als beschikking worden beschouwd, zonder nadere redengeving overigens. Zie o.a. Afd.R. 14.2.1978, AB 1979, 466, Afd.R. 20.3.1979, tB/S III, 119 en Vz.Afd.R. 8.11.1979, AB 1980, 494, tB/S II, 52. Het afgeven van paspoorten is gebaseerd op het Soeverein Besluit van 12.12.1813 (artikel 5), Stcrt. 1814, nr. 4, maar de bevoegdheid van de Commissaris der Koningin slechts op de Paspoortinstructie! Diens besluiten missen aldus een wettelijke basis. Nu is hier overduidelijk sprake van publiekrechtelijk handelen. Tegen deze uitzondering bestaat echter toch het bezwaar dat een wettelijk toegekende be-

voegdheid door een niet wettelijk aangewezen ambt wordt uitgeoefend.

Ernstiger zijn de bezwaren tegen de opvatting dat bekend gemaakt beleid in het algemeen - ook zonder dat de desbetreffende bevoegdheid wettelijk, zij het aan een ander ambt, is toegekend - een titel voor beschikkingsbevoegdheid kan zijn. Deze opvatting heeft de Arob-rechter enkele malen ten beste gegeven in schadevergoedingszaken. Bespreking van die opvatting en de daarvoor relevante jurisprudentie zal, om overlapping te voorkomen, in hoofdstuk 4 plaatsvinden, waarin aan schadevergoedingsbesluiten een aparte paragraaf is gewijd.

### 3.4 Is het besluit op het rechtsgevolg gericht?

#### 3.4.1 *Algemeen*

De laatste vraag die in het kader van artikel 2, lid 1 beantwoording verdient is wanneer een besluit dat een rechtsgevolg heeft ook op dat rechtsgevolg is gericht. In het privaatrecht wordt voor het aanduiden van rechtshandelingen meestal gewerkt met de uitdrukking dat het rechtsgevolg moet zijn beoogd door de handelende persoon. Door het meer objectieve karakter van het bestuursrecht, waar de wilsgebreken een betrekkelijk ondergeschikte rol spelen, is 'het gericht zijn op' een veiligere en juistere uitdrukking. De aard van het besluit bepaalt de classificatie en niet primair de bedoeling, het beogen, van de besluitnemer. (Zie § 1.3).

Aldus ontstaat een onderscheid tussen besluiten die als rechtshandeling worden beschouwd omdat ze op rechtsgevolg zijn gericht en besluiten die weliswaar rechtsgevolg hebben, daarop echter niet zijn gericht en dus geen rechtshandeling zijn. In deze zin heeft ook Wiarda in zijn bekende brief geschreven aan de regering in antwoord op haar verzoek tekst en uitleg te geven over enkele 'varianten' van lid 1 van artikel 2 Wet Arob.<sup>290</sup> Uit de parlementaire geschiedenis blijkt duidelijk dat de wetgever het hier bedoelde onderscheid van het grootste belang vond voor de interpretatie van het beschikkingsbegrip. (Zie § 2.3). Men kan zich afvragen of dit onderscheid van belang zou *moeten* zijn, of hiermee niet op een merkwaardige, misschien zelfs in zekere zin willekeurige, wijze de handelingen van de overheid deels onder de rechtsmacht van de administratieve rechter deels onder die van de gewone rechter worden gebracht. Deze boeiende vraag is er

echter één betreffende het ius constituendum; zij zal in hoofdstuk 6 aan de orde komen. Eerst zal echter worden gezien hoe de Arob-rechter met dit onderscheid omgaat. Het resultaat van dit onderzoek zou argumenten kunnen opleveren voor het handhaven of afschaffen van de beschikking als criterium voor de verdeling van rechtsmacht.

Jurisprudentie over de gerichtheid is er niet in omvangrijke mate. Een enkele keer wordt wel gesteld, dat er weliswaar een besluit met rechtsgevolg is doch geen gerichtheid daarop en dus geen beschikking, maar de belangrijkste uitspraken die hierna aan de orde komen kennen een dergelijke overweging niet, omdat er aan het aspect van de gerichtheid eenvoudig geen aandacht wordt besteed. Soms wordt, niettegenstaande het voorgaande, het beogen, de bedoeling van de besluitnemer centraal gesteld. Enkele uitspraken, reeds genoemd in § 3.3.2.2, Afd.R. 12.11.1979, AB 1980, 199 en Wnd.Vz.Afd.R. 18.1.1980, tB/S V, 159, handelend over onbevoegd genomen besluiten, geven aan dat voor de betekenis van een besluit de bedoeling van de besluitnemer<sup>291</sup> doorslaggevend kan zijn. Het betreft hier echter vernietigbare besluiten: het betekenis verlenen in strijd met het objectieve recht leidt niet tot - blijvend - geldige rechtshandelingen.

Bepalen wij ons thans tot de gerichtheid van besluiten. In de zaak die leidde tot de uitspraak Afd.R. 14.7.1981, tB/S V, 231 ging het om de vraag of de bereidverklaring door B & W mee te werken bij het verkrijgen van een verklaring als bedoeld in artikel 1, lid 6 van de Woonruimtetwet (bedrijfsruimteverklaring) een beschikking is. De betreffende gemeente (Schiedam) was niet aangewezen als gemeente waar artikel 56 Woningwet van kracht is, zodat toestemming van B & W voor onttrekking aan de woonbestemming niet nodig was; evenmin waren B & W bevoegd een bedrijfsruimteverklaring af te geven. Daartoe bevoegd was de Kamer van Koophandel als mandataris van de Minister van Economische Zaken.<sup>292</sup> De minister heeft terzake instructies vastgesteld waaraan de Kamer zich moet houden. Met name moet zij overleg plegen met B & W. Leidt dit overleg niet tot resultaten dan doet de Kamer daarvan mededeling aan de minister die in dat geval beslist omtrent de afgifte.<sup>293</sup>

De medewerking van B & W bepaalt dus of de Kamer van Koophandel zelf de verklaring mag verstrekken of niet. Wanneer geen medewerking wordt verleend is de Kamer niet bevoegd. Het verlenen respectievelijk weigeren van medewerking heeft dus rechtsgevolg. Maar is het ook op dit rechtsgevolg gericht? De Afdeling meent dat de bereidverklaring van B & W tot meewerken niet gericht is op het be-



voegd zijn van de Kamer, zo min als ook een weigering gericht zou zijn op haar niet bevoegd zijn. 'Zo dit gevolg, dat uit het besluit van verweerders . . . (de bereidverklaring door B & W, F.M.) zou kunnen voortvloeien, al als een rechtsgevolg is aan te merken, dan kan nog niet worden aangenomen dat dit besluit ook op dit gevolg is gericht'. In de uitspraak van de Afdeling van 23.9.1977, tB/S III, p. 130 werd nog aangenomen dat de weigering van B & W om mee te werken - er werd door hen niet gereageerd op de uitnodiging tot overleg van de Kamer van Koophandel - een beschikking was, omdat zij daarmee 'besloten hebben de woonfunctie van het pand van appellante, met toepassing van de Woonruimtetwet 1947, te handhaven en te effectueren'. Deze uitspraak moet als achterhaald worden beschouwd.<sup>294</sup> Het verschil tussen handeling met rechtsgevolg zonder meer en handeling gericht op rechtsgevolg komt ook tot uiting in Vz.Afd.R. 23.7.1981, tB/S V, 232. Namens de Minister van Verkeer en Waterstaat was aan de gemeente Utrecht vergunning verleend om een vaste brug te bouwen onder de volgende voorwaarde: 'De houder der vergunning is verplicht de redelijkerwijs mogelijke maatregelen te nemen ten einde te voorkomen, dat het Rijk dan wel derden ten gevolge van het gebruik maken van de vergunning schade lijden.' Deze vergunning was door de waarnemend voorzitter van de Afdeling rechtspraak geschorst tot één maand nadat de minister schriftelijk aan B & W van Utrecht zou hebben verklaard dat aan deze voorwaarde was voldaan. De minister heeft op 23 april 1981 deze verklaring afgegeven en tegen deze verklaring werd vervolgens beroep ingesteld, waarop door de voorzitter ex artikel 78 Wet RvS werd beslist. In vorenge-noemde uitspraak stelt de voorzitter dat hier niet van een beschikking sprake is doch slechts van een standpuntbepaling. 'De omstandigheid dat met de brief van verweerder gedateerd 23 april 1981 aan de gestelde voorwaarde voor opheffing van de schorsing is voldaan, doet daaraan niet af'. Dat aan het weergeven van een standpunt een rechtsgevolg is verbonden maakt deze (schriftelijke) weergave nog niet tot een handeling die gericht is op dat rechtsgevolg, zijnde de opheffing op termijn van de schorsing. De verklaring heeft wel rechtsgevolg, maar is daarop niet gericht.

In zeer veel gevallen waarin men soortgelijke redeneringen zou verwachten, wordt aan de gerichtheid geen aandacht besteed, sterker: van besluiten met rechtsgevolg wordt vaak - stilzwijgend - aangenomen dat ze daarop gericht zijn, terwijl die gerichtheid op zijn minst twijfelachtig is. Zo worden soms besluiten die louter voorwaarde zijn

voor het intreden van een rechtsgevolg reeds daarom een beschikking geacht. Bekendste voorbeeld is natuurlijk de zogenaamde bestuursdwangwaarschuwing. (Zie § 3.4.3). Wat echter te denken van het besluit tot het aanbrengen van een bord met de tekst 'onbewoonbaar verklaarde woning'? De Afdeling - Afd.R. 30.11.1982, tB/S V, 283 - is van mening, dat dit besluit is gericht op het in werking treden van de verbodsbepaling van artikel 38, lid 1 Woningwet. (Het is verboden een woning, waarop het kenteken is aangebracht, te bewonen . . .). Aan dit besluit vooraf gaat de onbewoonbaarverklaring - ex artikel 33 Woningwet - zelf. Tegen dit besluit kan beroep worden ingesteld bij gedeputeerde staten (artikel 35). Dat dit zo is geregeld kan toch alleen maar hierom zijn dat het woonverbod door dit besluit tot stand komt. Maar, zoals dat altijd met rechtsbesluiten gaat, het verbod werkt pas na bekendmaking.<sup>295</sup> De bekendmaking is in dit geval zo geregeld (artikel 37) dat er een kenteken met de tekst 'Onbewoonbaarverklaarde woning' op de woning moet worden aangebracht. Het feitelijk aanbrengen van deze tekst is een voorwaarde voor de werking van de verbodsbepaling van artikel 38 tot welk handelen het gemeentebestuur overigens verplicht is. Maar daardoor wordt toch niet het besluit tot deze verplichte feitelijke handeling een beschikking? Algemener: het louter voorwaarde zijn voor het ontstaan van een rechtsgevolg is toch niet voldoende voor het zijn van rechtshandeling?

Ook de feitelijke handeling van het afgeven van een bewijsstuk nadat een beschikking is genomen kan wettelijk verplicht zijn. Hieromtrent zijn enkele uitspraken gedaan.

### 3.4.2 *Het afgeven van bewijsstukken*

Het afgeven van een stuk is uiteraard een feitelijke handeling. De beslissing om een stuk af te geven zou een beschikking kunnen zijn als aan die beslissing rechtsgevolg is verbonden. Nu geldt hier, evenals bij Wob-beslissingen, dat het niet vaak zal voorkomen, dat aan de afgifte een besluit vooraf gaat dat er op gericht is bepaalde rechten te verlenen. Het stuk in kwestie wordt eenvoudig afgegeven, omdat eerder besloten is tot datgene wat het stuk behelst. Die afgifte kan inmiddels even belangrijk zijn als de inhoudelijke beslissing. Zo kan men wel een bouwvergunning hebben - er kan besloten zijn het recht tot bouwen te verlenen en dit recht kan ook werkelijk zijn gegeven - met de bouw mag volgens artikel 374, onder a Modelbouwverordening pas worden begonnen wanneer het schriftelijke bewijs(stuk) van

de vergunning ook op het werk aanwezig is. Dit is voor de Arob-rechter aanleiding geweest het niet afgeven als een beschikking te beschouwen (Vz.Afd.R. 31.5.1979, tB/S XI, 17).<sup>296</sup> Door dit stuk niet af te geven belemmeren B & W immers de vergunninghouder van zijn recht gebruik te maken. Ook Ten Berge en Stroink achten dit in hun aantekening voldoende om een beschikking aan te nemen.<sup>297</sup>

Anders dan bij Wob-beslissingen is het hier echter zo dat voor de afgifte géén afzonderlijk besluit wordt genomen dat de rechtspositie van de verzoeker om afgifte nader preciseert. Na verlening moet afgifte volgen, behoudens het geval dat de leges (nog) niet zijn betaald. Zijn die betaald dan is het vergunningverlenend ambt verplicht het stuk af te geven en doet het dit niet dan pleegt het een onrechtmatige daad. Het besluit tot het niet verrichten van een feitelijke handeling - waartoe men in casu verplicht is - is dogmatisch op geen enkele wijze tot een beschikking te maken. Dat de Arob-rechter dit toch doet vindt zijn oorzaak ongetwijfeld in het feit dat hij meent dat de vergunningverlening en de afgifte van het stuk waarop dit besluit staat zo met elkaar verbonden zijn, dat ze ook door één rechter behoren te worden beoordeeld. Met alle sympathie die men voor dit standpunt kan hebben, het is niet aan de rechter maar aan de wetgever om dit standpunt tot geldend recht te maken. Een zelfde redenering kan worden gevolgd bij het weigeren een rijbewijs af te geven. Dat de afgifte een noodzakelijke voorwaarde is voor het ontstaan van het recht om met een motorvoertuig over de weg te rijden maakt dit feitelijk handelen respectievelijk de weigering daarvan niet tot rechtshandeling.<sup>298</sup>

Anders ligt het bij de weigering om een ontvangstbewijs te geven van de kennisgeving van het voornemen tot sloop. Daarin ziet de Arob-rechter een beschikking. (Wnd.Vz.Afd.R. 30.10.1980, AB 1981, 255). Dit handelen zelf trouwens - de afgifte van het ontvangstbewijs dus - werd door de Arob-rechter géén beschikking geacht omdat het geen besluit was. (Vz.Afd.R. 9.4.1981, tB/S V, 224). Zoals de weigering van het geven van het ontvangstbewijs is te zien als de weigering van een toestemming, zoals ook Crince Le Roy suggereert in zijn aantekening onder Afd.R. 30.6.1978, tB/S V, p. 311, zo is het geven ervan als een verklaring van geen bezwaar te zien. (Vergelijk het slot van § 3.2).

Aan hetgeen ter zake eerder werd vermeld kan nog het volgende worden toegevoegd. Wanneer het sloopvoornemen slechts een deel van een bouwwerk betreft wordt de kennisgeving als bouwaanvraag beschouwd ingevolge artikel 305, lid 4 Modelbouwverordening (MBV).

B & W moeten ex artikel 305, lid 3 MBV binnen een maand het bewijs van ontvangst geven. Dat van de aspirant-sloper een kennisgeving wordt vereist is om de overheid in de gelegenheid te stellen hem hetzij op één en ander te wijzen, bijvoorbeeld strijd met de monumentenwetgeving, hetzij aanwijzingen te geven voor het slopen. Wanneer het ontvangstbewijs tevens aanwijzingen van bouw- en woningtoezicht bevat kan van enige onduidelijkheid ook al geen sprake zijn: de burger moet deze aanwijzingen opvolgen (artikel 306, lid 3 MBV). Het stuk wordt dan ook eigenlijk met de naam ontvangstbewijs tekort gedaan. Maar zelfs als er van aanwijzingen geen sprake is, is er toch het fiat van de overheid om met de sloop te beginnen. Het lijkt er op dat de rechter zich door de term ontvangstbewijs juridisch zand in de ogen laat strooien.

### 3.4.3 *De waarschuwing voorafgaande aan bestuursdwang*

Tot 25 augustus 1976 gingen velen er van uit dat de waarschuwing als bedoeld o.a. in de artikelen 152 en 210 gemeentewet een feitelijke en geen rechtshandeling was.<sup>299</sup> Op die datum overwoog de voorzitter: 'Ingevolge de artikelen 152, eerste lid, en 210 van de gemeentewet hebben verweerders de bevoegdheid - geenszins de verplichting - tot het in de vorige toestand doen herstellen van hetgeen in strijd met de betreffende bepalingen is of wordt ondernomen. Voor het gebruik maken van deze bevoegdheid is op grond van artikel 152, tweede lid, van de gemeentewet, spoedeisende gevallen uitgezonderd, een voorafgaande schriftelijke waarschuwing vereist. Deze waarschuwing is een voorwaarde voor het rechtsgeldig uitoefenen van de bevoegdheid tot politiedwang en derhalve op een rechtsgevolg gericht. Het besluit van verweerders, dat een waarschuwing als bedoeld inhoudt, moet dan ook naar Ons oordeel als een beschikking in de zin van artikel 2, eerste lid, van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen worden aangemerkt.' (Vz.Afd.R. 25.8.1976, tB/S V, p. 1, AB 214).

Deze uitspraak werd door de Afdeling rechtspraak bevestigd in Afd.R. 7.10.1977, AB 1978, 77 en nader toegelicht in Afd.R. 9.12.1977, AB 1978, 194. In deze laatste uitspraak - van de Enkelvoudige Kamer - wordt overwogen: 'De waarschuwing schept voor verweerders de bevoegdheid om na ommekomst van de gestelde termijn tot het doen verwijderen van hetgeen tot stand is gebracht over te gaan. Verweerders zijn tot zodanig optreden geenszins krachtens enig algemeen verbindend voorschrift verplicht en mitsdien evenmin

tot het doen uitgaan van een waarschuwing als de onderhavige. Hun bevoegdheid dient te worden uitgeoefend met inachtneming van algemeen verbindende voorschriften en van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een beoordeling daarvan op grondslag van de Wet A.r.o.b. welke beoogt een verhoogde rechtsbescherming voor de burger tegenover de overheid tot stand te brengen, zou slechts achterwege moeten blijven als de wet te dezen een uitdrukkelijke uitzondering zou hebben bevat. Dit is met betrekking tot deze zeer verstrekkende bevoegdheid van de overheid niet het geval’.

Deze twee citaten geven een volledig beeld van de redenering van de Afdeling die leidt tot het aannemen van een beschikking terzake. Het koor van degenen die riepen dat de waarschuwing een feitelijke handeling is, is goedgekeurd verstomd.<sup>300</sup>

Sommige schrijvers meenden zelfs een soort verbod tot althans afwijzing van kritische reflectie op dit punt te moeten uitspreken. Zo meent Steenbeek<sup>301</sup> dat met de uitspraken over het beschikkingskarakter van de waarschuwing ‘een eind gekomen (is) aan het rechtsgeleerd dispuut tussen degenen die dit standpunt afwezen en degenen die dit juist huldigden’. En Van Maarseveen meent dat nu deze jurisprudentie een ‘bevredigende maatschappelijke werking’ heeft ‘alle aardige, kritische overpeinzingen’ er voor hem niet meer toe doen en het weinig zin heeft zich hieromtrent in allerlei redeneringen te verdiepen.<sup>302</sup> Roma locuta, causa finita. In de hier beproefde analyse past echter wel degelijk een kritische beschouwing. Naar ik meen is een dergelijke benadering van de rechtspraak ook bepaald een taak van de rechtswetenschap. Het belang van een systematische en voor spelbare jurisprudentie staat bij deze analyse voorop.<sup>303</sup>

De kernoverwegingen in de hiervoor geciteerde uitspraken komen hierop neer, dat waar van de bestuursdwangbevoegdheid (die discretionair is) pas gebruik mag worden gemaakt na een voorafgaande waarschuwing, het geven van de waarschuwing B & W bevoegd maakt om op te treden. Daar de wet en de wetshistorie ons op dit punt in de steek laten moeten we ons verlaten op de dogmatiek en het gezonde verstand, die hier overigens wonderwel samengaan! De wet geeft B & W een procedurevoorschrift. Men is normaliter niet gerechtigd een wettelijk voorschrift te negeren en dus is een ambt niet bevoegd om bestuursdwang toe te passen met voorbijgaan aan het voorschrift eerst een waarschuwing te sturen. Dit voorschrift legt de meer algemene zorgvuldigheidseis in concreto vast.

Het feit dat dit handelen een voorwaarde is voor het ontstaan van een

rechtsgevolg kan het nog niet tot rechtshandelen maken. Wanneer de wet zou eisen dat B & W alvorens tot bestuursdwang over te gaan eerst betrokkene moeten horen, dan zal daarin niemand een rechtshandeling zien. Het voorwaarde zijn alleen is niet voldoende, het vervullen van de voorwaarde moet op zichzelf een beschikking zijn, los van het voorwaarde zijn.<sup>304</sup> Voorts is de waarschuwing zelf geen besluit, het is de bekendmaking van een besluit. Nu eist de wet een schriftelijk bekendgemaakt besluit voor het kunnen starten van een Arob-procedure. In zoverre is er geen verschil met een vergunning, die ook pas voor Arob-beroep vatbaar wordt indien en vanaf het moment dat zij bekend wordt gemaakt. Wanneer het rechtshandelingskarakter echter wordt afgeleid uit het voorwaarde zijn, dan moet toch worden erkend dat het *bekendmaken* van het besluit tot voorwaardelijk optreden de voorwaarde is, hetgeen niet een besluit is, doch een feitelijk handelen. Dit feitelijk bekendmaken van het voornemen tot optreden is ook wat de wetgever moet hebben bedoeld met het woord waarschuwing. Wat immers is de zin van het voorschrift om een waarschuwing te sturen? De - naar het oordeel van de overheid - wetsovertredende burger, ook hij (!), hoeft zich niet te laten welgevalen dat van overheidswege jegens hem onverhoeds wordt opgetreden. Dit lijdt slechts uitzondering in het geval het algemeen belang eist dat zonder uitstel wordt opgetreden; in spoedeisende gevallen is de waarschuwing dan ook niet vereist. De zin van de waarschuwing is dat de gewaarschuwde de kans krijgt zich zo te (gaan) gedragen, dat de norminbreuk wordt hersteld of voor de toekomst voorkomen. Op dit gewenste gedrag is de waarschuwing gericht. Een derde kan daarom eigenlijk ook nooit belang hebben bij het sturen van een waarschuwing aan een overtreder! De belanghebbende derde wenst toepassing van bestuursdwang, een daaraan voorafgaande waarschuwing interesseert hem niet. Maar door de constructie die de Arob-rechter hanteert is hij gedwongen de overheid te verzoeken iets te doen - te waarschuwen - waarbij hij zelf geen belang kan hebben. De Arob-rechter merkt hem niettemin bij een dergelijk verzoek als belanghebbende aan en kan ook niet anders wil hij zijn eigen constructie niet opblazen.

De waarschuwing als handeling is niet gericht op het bevoegd worden van een overheidsorgaan om in een concreet geval op een bepaald tijdstip en op een bepaalde manier op te treden, ofschoon het orgaan na die waarschuwing, althans na het verstrijken van de gestelde termijn zonder dat aan het gestelde in de waarschuwing is voldaan, tot dit concrete optreden bevoegd is, terwijl het dat daarvóór niet was.

Dat die waarschuwing een rechtens relevante handeling, een rechtsfeit is, is dan ook duidelijk. De vraag is alleen op welk (rechts)gevolg de waarschuwing gericht is. Anders gezegd: welke betekenis heeft de waarschuwingshandeling? Met welk motief een dergelijke waarschuwing wordt gegeven, bijvoorbeeld of het overheidsorgaan daadwerkelijk wil proberen de overtreder tot bepaald gedrag aan te zetten dan wel slechts een formaliteit wil vervullen zonder meer, is niet relevant voor de strekking, de betekenis van de waarschuwing als betekenisvol gedrag, kortom als handeling. (Zie het in hoofdstuk 1 ontwikkelde begrippenkader). Richt men de aandacht op het besluit om, indien niet aan het in de waarschuwing gestelde wordt voldaan, op te treden en wil men het besluit tot voorwaardelijk optreden als beschikking (zij het nog geen bekendgemaakte) zien, dan moet worden opgemerkt dat de wet *die* voorwaarde niet stelt! Het lijkt mis te gaan of met het besluit of met het voorwaarde zijn: de waarschuwing is geen besluit, het besluit is geen voorwaarde.

Gelet op de niet sluitende redenering op grond waarvan de waarschuwing tot beschikking wordt gemaakt rijst het vermoeden dat de jurisprudentie op dit punt een sterk rechtspolitieke achtergrond heeft.<sup>305</sup> Zij heeft de wens van velen dat de administratieve rechter het gebruik van de bestuursdwangbevoegdheid zou kunnen beoordelen vervuld en heeft om die reden instemming gevonden. Het lijkt de moeite waard te proberen aan de bevoegdheid die de Arob-rechter zich op dit terrein heeft toegemeten een rechtssystematisch betere fundering te geven. Een fundering die niet alleen dogmatisch meer verantwoord is, maar ook beter past in het totaal van de Arob-rechtspraak over het beschikkingsbegrip.

De bestuursdwangbevoegdheid is een vrije, dus niet gebonden, bevoegdheid. Dit wordt vaak onjuist uitgedrukt door te stellen dat het hier geen verplichting maar een bevoegdheid betreft. Een verplichting sluit echter ook een bevoegdheid in. Een vrije bevoegdheid dus, die nader wordt bepaald door het ongeschreven recht, in het bijzonder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Alvorens van deze bevoegdheid gebruik te maken dient het overheidsorgaan zich af te vragen of alle belangen en voorschriften in aanmerking nemende, in het concrete geval van die algemene bevoegdheid gebruik mag worden gemaakt. Doet het dit niet, dan zal haar besluit sneuvelen op een van de rechtmatigheidsgronden van artikel 8 Wet Arob (gesteld dat de Arob-rechter aan beoordeling toekomt). Men kan dan in het algemeen zeggen, dat het geven van een oordeel omtrent de vraag of van

een discretionaire (of vage) bevoegdheid in een concreet geval gebruik mag (of moet) worden gemaakt is gericht op het concretiseren van de algemene, in de wet gegeven, bevoegdheid en dus op rechtsgevolg. Een dergelijk rechtsoordeel is alsdan als een beschikking aan te merken.<sup>306</sup>

In deze zin heeft ook Van der Hoeven zich uitgelaten.<sup>307</sup> Van der Burg gaat in deze richting<sup>308</sup> met zijn kwalificatie van 'bestuurlijk strafvonnis' en de bevoegdheid strafbare feiten vast te stellen - ofschoon het element straf uiteraard van geen enkel belang is -, waarmee hij dus ook de nadruk legt op het besluit waarbij de situatie, alles afwegende, in ogenschouw wordt genomen.

Snijders<sup>309</sup> zoekt het rechtsgevolg niet in het zich bevoegd maken door het bestuur, maar in de onbevoegdheid tot handelen gedurende de in de waarschuwing genoemde termijn - daarvoor moet het echter eerst bevoegd zijn geweest! - en in de concretisering van de plicht tot handelen van de overtreder. Naar mijn oordeel wordt in het besluit altijd de bevoegdheid van het bestuur en soms de plicht van de overtreder geconcretiseerd. Het is mogelijk dat de waarschuwing geen plicht concretiseert of zelfs maar vestigt. Met sommige 'overtredingen' is het namelijk zonderling gesteld. Wanneer iemand illegaal heeft gebouwd, heeft hij (de wet) overtreden, maar overtreedt hij deze nog steeds door het gebouwde niet af te breken? Er is geen bepaling die een illegale bouwer de plicht oplegt om af te breken. Meer algemeen geldt dat bij reeds voltooide illegale handelingen door het bestuursdwangbesluit een, overigens concreet aangeduide, mogelijkheid wordt geboden toepassing van bestuursdwang te voorkomen, geenszins echter een verplichting wordt opgelegd. Bij voortdurende of toekomstige handelingen kan de plicht zich niet in strijd met de wet te gedragen geconcretiseerd worden aangeduid.

Komen we terug op de aard van het besluit tot het gebruik van bestuursdwang. In dit besluit kunnen twee elementen worden onderscheiden: het is een besluit tot optreden onder een bepaalde voorwaarde (namelijk als niet aan het in de waarschuwing gestelde wordt voldaan) en het geven van het rechtsoordeel waarbij wordt vastgesteld dat het betreffende orgaan in casu bevoegd is tot optreden. Of, andersom, het orgaan stelt vast dat het bevoegd is en dat het zo nodig ook van die bevoegdheid gebruik gaat maken. Wanneer echter niet aan de waarschuwing gehoor wordt gegeven, zal vaak een nieuw besluit worden genomen alvorens er daadwerkelijk wordt opgetreden. Dit laatste besluit dient wel van het eerste te worden onderscheiden



en is zonder meer gericht op feitelijk handelen.<sup>310</sup>

Bij spoedeisende gevallen valt het besluit onvoorwaardelijk tot feitelijk optreden over te gaan samen met het geven van het rechtsoordeel. Het geven van een rechtsoordeel nu is de beschikking. Om voor Arob-beroep vatbaar te zijn moet deze beschikking schriftelijk zijn en naar buiten blijken: eerst dan is er sprake van een Arob-beschikking conform de definitie in artikel 2 van de Wet Arob. Vaak zal het de waarschuwing zijn die voor het element van schriftelijkheid zorgt. Er kan echter in deze visie ook op een andere wijze schriftelijk blijk worden gegeven van het besluit dat als beschikking geldt (het rechtsoordeel), bijvoorbeeld door uitreiking van notulen, door een briefje waarop het besluit vermeld staat. In spoedgevallen zal de spoed doorgaans niet zó groot zijn dat niet meer tevoren een korte schriftelijke weergave van het besluit kan worden opgemaakt. Ook de schriftelijke mededeling ná het optreden echter zou dan tot een Arob-procedure kunnen leiden. Wanneer men immers niet de waarschuwing als zodanig, maar het, een rechtsoordeel implicerende, besluit tot (voorwaardelijk) optreden als gericht op rechtsgevolg beschouwt, dan is het moment van schriftelijke bekendmaking van het besluit alleen maar van belang voor de beroepstermijn. Dat het beoordelen van de rechtmatigheid van het optreden niet ervóór maar erna zou plaatsvinden moge wellicht minder wenselijk zijn, maar staat los van de beschikkingsvraag. Bovendien, wanneer de Arob-rechter niet achteraf oordeelt dan moet de burgerlijke rechter achteraf oordelen. Twee rechters die in wezen dezelfde soort vragen beantwoorden, met als enige verschil het (beweerde!) spoedelement. Is dat dan wenselijk?

Overigens: wanneer een Arob-procedure loopt tegen een waarschuwing voorafgaande aan bestuursdwang is het, in het bijzonder wanneer geen verzoek om schorsing is gedaan, goed denkbaar dat de bestuursdwang wordt uitgeoefend alvorens de Afdeling heeft beslist. Het belang bij een uitspraak van de Afdeling wordt er daardoor, met name gelet op een mogelijke civiele procedure, niet minder om. De Afdeling heeft geen enkel argument om zich van een beoordeling van de bevoegdheid tot het reeds verrichte handelen te onthouden. Wanneer niet het besluit maar de waarschuwing als zodanig centraal wordt gesteld dan is begrijpelijk waarom de Afdeling zich niet bevoegd acht een achteraf verstrekte schriftelijke bevestiging van het besluit te beoordelen; een waarschuwing achteraf is natuurlijk onmogelijk.

In de hier ontwikkelde gedachtengang waarin het besluit centraal staat<sup>311</sup> kan de waarschuwing slechts voor het Arob-beroep van be-

lang worden geacht in verband met de daarin vervatte schriftelijke mededeling van het besluit waarom het eigenlijk gaat: het rechtsoordeel. Ook Van der Hoeven spreekt over de waarschuwing als schriftelijke mededeling van het besluit.<sup>312</sup> Hij stelt ook dat de jurisprudentie 'in de schriftelijke waarschuwing tot het aankondigen van politiedwang een beschikking besloten acht'. 'In . . . besloten acht' dus, niet 'acht' zonder meer. De consequentie dat de waarschuwing als zodanig geen beschikking is wordt door hem echter niet getrokken.

Keren we terug naar de jurisprudentie van de Arob-rechter over bestuursdwang. Deze heeft een tweeslachtig karakter. Enerzijds wordt benadrukt dat het de waarschuwing is, die als beschikking moet worden gezien, anderzijds lijkt ook het besluit tot (voorwaardelijk) optreden als beschikking te gelden. Dit punt verdient nadere uitwerking. Om met het laatste te beginnen: in hoeverre biedt de jurisprudentie grond voor het hiervóór ingenomen standpunt dat een beschikking in het kader van de bestuursdwangbevoegdheid in het besluit daartoe zou moeten worden gezocht?

In de aan het begin van deze paragraaf geciteerde overwegingen valt te lezen dat als beschikking moet worden aangemerkt 'Het besluit van verweerders, dat een waarschuwing als bedoeld inhoudt . . .' en dat hetgeen beoordeeld wordt is, of de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang geschiedt 'met inachtneming van algemeen verbindende voorschriften en van algemene beginselen van behoorlijk bestuur.' Bedoeld zal zijn de beoordeling van de voorgenomen toepassing zoals deze in het besluit is neergelegd en in de waarschuwing bekendgemaakt.

Dat eigenlijk het besluit wordt beoordeeld blijkt ook uit het feit dat het geoorloofd is zijn beroep uitsluitend te richten tegen het aangekondigde kostenverhaal, als element van het totale besluit. (Afd.R. 7.6.1985, AB 1986, 48). De waarschuwing als feitelijke handeling heeft met het kostenverhaal niets van doen. Ook kan worden teruggekomen op een waarschuwing. (Afd.R. 22.5.1984, AB 1985, 153).<sup>313</sup> Welnu, een besluit kan worden ingetrokken, een feitelijke handeling niet ongedaan gemaakt. In genoemde uitspraak spreekt de Afdeling van het afzien 'van daadwerkelijke uitvoering van de aangezegde politiedwang'. Wat kan dit anders betekenen dan een intrekking van het besluit tot het toepassen van de bestuursdwangbevoegdheid? (Nota bene: een besluit kan worden uitgevoerd, (aangezegde) politiedwang slechts worden toegepast of uitgeoefend!).

Tenslotte: ook de verklaring op voorhand dat tegen bepaalde onwetige handelingen niet zal worden opgetreden, zoals bij het vooruitakkoord<sup>314</sup>, is een beschikking. Men zou misschien willen stellen dat zo'n verklaring impliceert, dat ook de waarschuwing op voorhand geweigerd wordt? Deze theoretische 'oplossing' wordt door de Afdeling niet gehanteerd en is ook niet goed mogelijk, omdat in dergelijke gevallen niet om een dergelijke waarschuwing is verzocht. Wat valt er dan te weigeren?

De conclusie dringt zich op dat ook de Afdeling rechtspraak in het besluit tot het (voorwaardelijk) toepassen van de bestuursdwangbevoegdheid de beschikking ziet die in de waarschuwing haar schriftelijke bekendmaking krijgt. Toch is deze conclusie niet juist.

Is er geen waarschuwing dan kan een andere wijze van bekendmaking van het besluit na uitoefening van bestuursdwang niet tot een beoordeling door de Arob-rechter leiden. (Afd.R. 22.11.1979, AB 1980, 341). Wanneer geen waarschuwing is vereist, acht de Afdeling zich niet bevoegd, omdat er dan niet van een beschikking sprake kan zijn. Dit is niet alleen zo bij spoedeisende gevallen, zoals bedoeld bijvoorbeeld in de artikelen 152 en 210 gemeentewet, maar ook bij bestuursdwang op grond van wettelijke bepalingen die het waarschuwingsvereiste niet kennen. Een voorbeeld van het laatste biedt Vz.Afd.R. 27.3.1984, tB/S V, 339, inzake sluiting van een apotheek op grond van artikel 16, lid 3 Wet op de Geneesmiddelenvoorziening. Maar wat is er nu toch op tegen dat de Afdeling ook in dergelijke gevallen, ook achteraf, een oordeel geeft over de bevoegdheid tot het uitoefenen van de bestuursdwangbevoegdheid? Het probleem dat Ten Berge<sup>315</sup> signaleert dat in deze gevallen vaak geen schriftelijk stuk voorhanden zal zijn kan worden ondervangen, zoals hij zelf al aangeeft, door een weigering aan te nemen een schriftelijk besluit te nemen. Het gaat hier immers om besluiten die normaliter op de een of andere manier in schriftelijke vorm worden gegoten. Ik zou aan zijn suggestie wel willen toevoegen dat dan eerst om een schriftelijke bevestiging moet zijn gevraagd, omdat zonder een dergelijk verzoek moeilijk van een weigering kan worden gesproken.

De rechtsbescherming tegen de 'zeer verstrekkende bevoegdheid' van de uitoefening van bestuursdwang is in deze gevallen niet minder gewenst dan wanneer wel wordt gewaarschuwd. Dit zou toch juist de Afdeling moeten aanspreken. Minder zal dat misschien mijn stelling doen, dat in de huidige jurisprudentie besluit en waarschuwing (als feitelijke handeling) een ondoorzichtig geheel vormen waardoor de fundering van de bevoegdheid van de Arob-rechter wankel blijft.

## 4 Beschikking en rechtshandeling naar burgerlijk recht

### 4.1 Inleiding

Een grens tussen de begrippen beschikking en rechtshandeling naar burgerlijk recht is moeilijk te bepalen. Artikel 2 gaat er van uit dat aan een besluit niet tegelijk de kwalificaties beschikking en rechtshandeling naar burgerlijk recht kunnen toekomen. Deze kwalificaties sluiten elkaar echter niet uit, zodat de wet een valse tegenstelling schept.

In het vorige hoofdstuk is het onderscheid feitelijke handeling (al dan niet met rechtsgevolg) - rechtshandeling besproken. Hoewel uit een analyse van de jurisprudentie bleek, dat dit onderscheid buitengewoon moeilijk is te maken, is het wel een onderscheid dat dogmatisch is verankerd. Of een besluit op een rechtsgevolg is gericht of anderszins een rechtsgevolg veroorzaakt is theoretisch een duidelijk verschil, in de praktijk is dit verschil niet altijd gemakkelijk waarneembaar.

Anders ligt het bij het thans te bespreken onderscheid. Een en dezelfde rechtshandeling kan zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk zijn. Met het bepaalde in artikel 2, lid 2 onder b Wet Arob heeft de rechter dan ook geen goed handvat voor een duidelijke competentieafbakening. Vandaar dat de Afdeling rechtspraak heeft teruggeslagen op het Bab-criterium dat beschikkingsbevoegdheid pas kon worden aangenomen wanneer die bevoegdheid in een staats- of administratiefrechtelijk voorschrift werd toegekend. In § 4.2 wordt behandeld hoe het ontbreken van een dergelijke geschreven publiekrechtelijke titel de Arob-rechter er doorgaans van weerhoudt een beschikking aan te nemen. Een ruime uitleg van het beschikkingsbegrip valt te bespeuren in gevallen waarin de titel wordt gezocht in de publieke taak (§ 4.3): van een beschikking kan sprake zijn reeds omdat een besluit werd genomen ter uitvoering van een overheidstaak. Dit criterium vormt nu eens de gehele grondslag voor de beschikkingsbevoegd-

heid, dan weer samen met wetsbepalingen die als grondslag voor beschikkingsbevoegdheid zeer algemeen, soms zelfs dubieus te noemen zijn. Het gebruik van dit criterium is vanwege zijn ontoereikendheid - hoe kan uit een taak een bevoegdheid worden afgeleid? - en vanwege zijn vaagheid - is niet alles wat de overheid doet overheidstaak? - sterk bekritiseerd. Bedacht moet worden dat de Arob-wetgever een ruimer beschikkingsbegrip voor ogen stond dan dat van de Wet Bab. Vermoedelijk heeft de Arob-rechter daarin de vrijheid gevonden op dit punt - soms! - een ruimhartig ontvankelijkheidsbeleid te voeren. Daarmee accentueerde hij wel opnieuw het onderscheid overheid als zodanig - overheid als privaat persoon.

Er lijkt enige bereidheid te bestaan bij de Afdeling rechtspraak om uit het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen - 'het volgen van de privaatrechtelijke weg' - de weigering om een beschikking te nemen - 'het volgen van de publiekrechtelijke weg' - af te leiden. Dit heeft echter nog geen positieve resultaten opgeleverd (§ 4.4).

Een zekere ruimhartigheid kan ook worden bespeurd bij gevallen waarin een nog (expliciet) te nemen beschikking op een vroeger moment reeds als (fictief) genomen kan worden beschouwd omdat een andersluidende beslissing in feite door het privaatrechtelijk handelen van het betreffende orgaan onmogelijk is geworden (§ 4.5).

Een eng ontvankelijkheidsbeleid blijkt echter in de in § 4.6 te behandelen jurisprudentie waarin de zogenaamde oplos(sing)s theorie of ketentheorie wordt aangehangen: besluiten die direct verband houden met rechtshandelingen naar burgerlijk recht worden voor wat de mogelijkheid van beroep betreft daarmee op één lijn gesteld.

In zijn algemeenheid wordt de jurisprudentie die in dit hoofdstuk wordt besproken gekenmerkt door het zoeken op de tast naar de grenzen tussen publiek- en privaatrecht. Het lijkt niet overdreven te stellen, dat het vinden van deze grenzen door de Afdeling rechtspraak niet vrij is van inconsistenties.

## 4.2 Het ontbreken van een publiekrechtelijke titel

### 4.2.1 *Het sluiten van burgerrechtelijke overeenkomsten (algemeen)*

#### 4.2.1.1 *Inleiding*

In deze paragraaf komt naar voren hoezeer de Afdeling rechtspraak hecht aan het vereiste van een geschreven publiekrechtelijke titel voor

het aannemen van beschikkingsbevoegdheid. Ook is echter duidelijk dat dit vereiste niet steeds wordt gesteld in de sfeer van de subsidiëring<sup>316</sup> (zie § 4.2.2) en uitermate soepel wordt gehanteerd bij eenzijdige eigenaarsbeslissingen inzake publiek domein (zie § 4.3).

Is bij de subsidiëring de wetsgeschiedenis een belangrijk fundament voor deze koers, in het andere geval blijkt het uitvoeren van publiekrechtelijke taken de basis voor beschikkingen te kunnen vormen, in beide gevallen zonder dat er sprake is van een daarop gerichte geschreven publiekrechtelijke bevoegdheidstoekenning. Bij het sluiten van burgerrechtelijke overeenkomsten zouden dus eventueel beschikkingen kunnen worden verwacht wanneer het betreft subsidie-overeenkomsten dan wel (andere) overeenkomsten ter uitvoering van publiekrechtelijke taken gesloten.

Dit is echter niet de lijn van de Afdeling. Alleen wanneer de bevoegdheid tot het sluiten van een overeenkomst zijn onmiddellijke grondslag vindt in een specifiek administratiefrechtelijk voorschrift wordt een beschikking aangenomen. Dit past in de algemene lijn waarbij de eis van de geschreven publiekrechtelijke titel wordt gesteld. Uitzonderingen zijn er overigens wel. In het volgende wordt eerst een overzicht gegeven van de Arob-jurisprudentie inzake het sluiten van overeenkomsten in het algemeen in verband met het vereiste van een geschreven publiekrechtelijke titel, daarna worden in § 4.2.2 de subsidie-overeenkomsten besproken.

#### *4.2.1.2 Het sluiten van overeenkomsten en de publiekrechtelijke titel*

In een aantal uitspraken wordt zonder verdere beschouwingen vastgesteld, dat er van een rechtshandeling naar burgerlijk recht en derhalve niet van een beschikking sprake is. Bijvoorbeeld in Vz.Afd.R. 5.1.1977, AB 151: 'Het door verzoeker bestreden besluit heeft uitsluitend tot strekking de weigering van een rechtshandeling naar burgerlijk recht, i.c. het aangaan van een burgerrechtelijke overeenkomst van koop en verkoop. Daarom is dit besluit naar Ons oordeel niet aan te merken als een beschikking in de zin der wet.'

Zie ook Afd.R. 30.8.1979, AB 1980, 128. Het maakt daarbij niet uit of de burger feitelijk min of meer gedwongen is met de overheid burgerrechtelijk in zee te gaan (Afd.R. 21.11.1978, AB 1980, 528).

Inzake de uitvoering van een koopovereenkomst zie o.a. Vz.Afd.R. 2.2.1977, AB 242 en Afd.R. 3.6.1980, AB 537.<sup>317</sup>

Idem inzake een geschil over de inhoud van een huurovereenkomst (Afd.R. 2.7.1979, tB/S V, 129), een overeenkomst van bruiklening

(Wvd.Vz.Afd.R. 28.5.1982, tB/S V, 265), een overeenkomst betreffende de terugbetaling van een - in het kader van de studiefinanciering - verstrekt voorschot (Wvd.Vz.Afd.R. 11.2.1982, tB/S V, 256), een pachtovereenkomst (Afd.R. 30.9.1977, AB 1978, 134), een overeenkomst inzake het verbreden van een uitrit (Afd.R. 2.10.1978, tB/S V, 106) en een overeenkomst tot realisering van een demonstratieproject (Vz.Afd.R. 20.9.1979, AB 1980, 598).

Dit zijn allemaal evidente gevallen van het ontbreken van een geschreven publiekrechtelijke titel.

In een reeks gevallen komen overeenkomsten ter sprake die van overheidswege worden aangegaan als aan bepaalde criteria is voldaan en/of inhoudelijk volgens bepaalde criteria worden ingericht. Deze criteria of voorwaarden waarbij respectievelijk waaronder overeenkomsten worden gesloten zijn vaak neergelegd in besluiten die de naam 'verordening' dragen, daarmee de suggestie wekkend dat het hier om wetgeving zou gaan. Het betreft echter standaardvoorwaarden, die geen publiekrechtelijke titel voor beschikkingsbevoegdheid vormen. Deze voorwaarden kunnen ook zijn opgenomen in wetten, zonder daarmee zelf materieel-wettelijke bepalingen te vormen.

Twee voorbeelden:

- Vz.Afd.R. 29.12.1978, AB 1980, 558:

'De bezwaren van appellant richten zich in de eerste plaats tegen het besluit van verweerder tot het hanteren van bepaalde criteria bij de uitgifte van bouwgrond. Deze criteria heeft verweerder zich, naar uit de stukken blijkt, bij het uitoefenen van de rechten der gemeente als eigenares van de te verkopen grond gesteld ten aanzien van de tussen de gemeente en een gegadigde te sluiten koopovereenkomst. Zij zijn mitsdien aan te merken als gericht op het al dan niet tot stand brengen van rechtshandelingen naar burgerlijk recht.'

- Wvd.Vz.Afd.R. 19.9.1979, tB/S V, 140:

'Het door appellant bestreden besluit betreft de toepassing van de Elektriciteits-, gas- en waterverordening der gemeente Wassenaar, welke verordening de algemene voorwaarden regelt, waaronder vanwege de gemeente overeenkomsten tot levering van energie en water worden gesloten. Het bestreden besluit is naar Ons oordeel gericht op de weigering een zodanige overeenkomst naar burgerlijk recht met appellant aan te gaan.'

In deze categorie kan ook worden genoemd Afd.R. 6.5.1980, AB 603, inzake het staken van gaslevering door het gemeenschappelijk

gasbedrijf Hoogeveen en omstreken waartoe het recht voortvloeide uit artikel 7 van de algemene voorwaarden waaronder overeenkomsten tot gaslevering werden aangegaan; idem Vz.Afd.R. 15.11.1977, AB 1978, 80.

In dezelfde zin ook reeds HR 11.11.1960, NJ 599 (Vaals) en HR 20.12.1974, NJ 1975, 221, (Kalkarheffing). Vergelijkbaar is het geval waarin, onder voorwaarden in een 'verordening' aangegeven, van gemeentewege centrale antenne-energie wordt gedistribueerd (Afd.R. 27.3.1981, tB/S V, 220), evenals het geval waarin een 'Exploitatieverordening' de voorwaarden bevat waaronder de gemeente medewerking verleent aan het in bouwexploitatie brengen van de grond, waar deze medewerking, blijkens de verordening slechts wordt verleend krachtens een schriftelijke overeenkomst (Afd.R. 26.8.1983, tB/S V, 313).

Tenslotte een tweetal uitspraken betreffende vervoersovereenkomsten met de PTT. De PTT sluit vervoersovereenkomsten met afzenders, waarbij de omstandigheid dat dit gebeurt op voorwaarden die zijn neergelegd in op de Postwet 1954 steunende voorschriften, respectievelijk - bij internationaal vervoer - op voorwaarden neergelegd in het Internationale Postbesluit en de Internationale Postbeschikking, niet afdoet aan het privaatrechtelijk karakter van de vervoersovereenkomst. (Afd.R. 25.11.1980, tB/S V, 208). Niet de bevoegdheid om zo'n overeenkomst aan te gaan maar de voorwaarden waarop zijn wettelijk geregeld. In casu werd aan de geadresseerde inklaaringsrecht en commissieloon in rekening gebracht: aan deze, geen partij bij de overeenkomst, staat het vrij betaling daarvan te weigeren (al krijgt hij dan natuurlijk ook zijn post niet). Ook een waarschuwing door de Directeur van het Postdistrict betreffende het als onbetelbaar aanmerken van poststukken bij het niet beschikken over een voor aflevering van post geschikte bus steunt op standaardvoorwaarden, verbonden aan vervoersovereenkomsten tussen afzender en PTT. 'De omstandigheid dat deze voorwaarden zijn neergelegd in de op de Postwet 1954 steunende voorschriften (Postbeschikking 1971 en Postbesluit 1955, F.M.) en nauwkeurig aangeven aan welke eisen bus en plaatsing moeten voldoen om door het Staatsbedrijf als voor aflevering van post geschikt te worden aangemerkt doet naar het oordeel van de Afd. niet af aan het privaatrechtelijk karakter van die overeenkomsten.' (Afd.R. 5.10.1981, AB 1983, 429).

In andere gevallen komen overeenkomsten over de wijze van uitoefening van een overheidsbevoegdheid ter sprake. In het algemeen kan



worden gesteld dat het feit dat er over een overheidsbevoegdheid wordt gecontracteerd aan het contracteren zelf niet het privaatrechtelijk karakter ontnemt.<sup>318</sup> Te denken valt hierbij aan de Landsmeer-casus, waarbij thans wel de woonruimtevoordering zelf onderwerp van een Arob-procedure zou kunnen zijn, maar niet de overeenkomst over het niet of op een bepaalde wijze gebruik maken van die bevoegdheid. In Afd.R. 3.1.1979, AB 1980, 614 (Leidschendam) wordt overwogen: 'De omstandigheid dat de gemeente zich bij een overeenkomst verplicht tot een prestatie welke bestaat in het op een bepaalde wijze gebruik maken van een aan een orgaan van de gemeente toekomende publiekrechtelijke bevoegdheid, ontnemt aan die overeenkomst niet het karakter van een rechtshandeling naar burgerlijk recht.' De overeenkomst hield in dat van gemeentewege medewerking zou worden verleend aan wijziging van een bestemmingsplan ten behoeve van de wederpartij, die zich verplicht had de benodigde kosten voor zijn rekening te nemen. Appellant kwam op tegen het besluit van de gemeenteraad tot bekrachtiging van het besluit van B & W om met appellant een overeenkomst met vorenvermelde strekking aan te gaan.<sup>319</sup>

In de zaak Van Meel/B & W Oosterhout (Afd.R. 6.6.1979, tB/S V, 127) was aan appellant een bouwvergunning verleend. De afgifte van de vergunning (het schriftelijke stuk) werd afhankelijk gesteld van het afgeven door appellant van een akkoord-verklaring inzake een boetebeding, inhoudend, dat appellant f 10.000,— zou verbeuren wanneer hij niet op het moment dat het bouwwerk waarvoor de vergunning was verleend, was voltooid, een bepaald ander bouwwerk zou hebben gesloopt. Tussen B & W en appellant werden - blijkens de uitspraak - afspraken gemaakt, die naar het oordeel van de Afdeling een privaatrechtelijke overeenkomst inhielden.<sup>320</sup> Deze overeenkomst vormde een voorwaarde bij de beschikking tot afgifte van de vergunning (dat deze beslissing als beschikking wordt beschouwd kwam hiervoor al aan de orde; zie Vz.Afd.R. 31.5.1979, tB/S XI, 17). Had appellant bezwaar gemaakt tegen het niet (zonder meer) afgeven van de vergunning, dan zou hij niet alleen ontvankelijk zijn geweest, maar ook inhoudelijk wel zijn gelijk hebben gekregen. Zijn bezwaar betrof echter de voorwaarde op zichzelf en daarmee een privaatrechtelijke overeenkomst, voor het sluiten waarvan geen basis in het publiekrecht is te vinden en die dus bij de burgerlijke rechter moet worden aangevochten.

Deze uitspraak kan voor de appellant onbegrijpelijk overkomen, daar

het opeisen van het boetebedrag werd 'meegenomen' in de bestuursdwangwaarschuwing die hij ontving betreffende het door hem te slopen bouwwerk. Door zich echter eerst privaatrechtelijk te 'gedragen' - instemming met het boetebeding - moest hij daarvan later de consequentie ondergaan.<sup>321</sup>

Herhaaldelijk wordt de Afdeling geconfronteerd met beroepen tegen beslissingen inzake geldelijke transacties (andere dan subsidies). Ook in die gevallen wordt telkenmale gezocht naar een mogelijke publiekrechtelijke grondslag. Hierna enkele voorbeelden inzake bijstandsuitkeringen. Betaling van bijstand aan een ander dan de bijstandsgerechtigde berust direct noch indirect op de ABW of een andere publiekrechtelijke grondslag, zodat de rechtsverhouding tussen B & W en appellant burgerrechtelijk van aard is. (Vz.Afd.R. 25.6.1980, AB 495). De bijstand werd in casu betaald aan het opvangcentrum waarin de zoon van de bijstandsgerechtigde verbleef. In een uitspraak van 21.9.1981, AB 1982, 22 heeft de Afdeling het standpunt van de voorzitter ter zake nog nader toegelicht: 'In het onderhavige geval betreft het een betalingsregeling die tussen de bijstandsgerechtigde, verweerders en appellante is getroffen. Weliswaar is deze regeling mogelijk algemeen gebruikelijk doch, naar het oordeel van de Afd., strekt een dergelijke regeling er slechts toe eventuele incassoproblemen aan de zijde van appellante ten opzichte van de bijstandsgerechtigde te voorkomen. Met een dergelijke regeling wordt niet de behartiging van een belang gediend dat in de ABW regeling heeft gevonden, zodat de verplichtingen van verweerders, voortvloeiende uit die regeling - hoe gebruikelijk ook - direct noch indirect zijn te herleiden tot een aan verweerders opgedragen taak in het kader van de ABW.' Waar de voorzitter over het niet berusten op de ABW of een andere publiekrechtelijke grondslag sprak, geeft de Afdeling aan dat die grondslag ook een taak kan zijn, mits opgedragen in de ABW, een wettelijk geregelde taak dus, die in casu overigens ontbrak. Een dergelijke wending roept de vraag op of uitvoering van een burgerrechtelijke overeenkomst een beschikking kan opleveren alleen al omdat de overeenkomst strekt ter uitvoering van een publiekrechtelijke taak. Uit het vervolg zal blijken dat de Afdeling daar niet aan wil. In een vergelijkbaar geval was vanwege een opvangcentrum aan B & W gevraagd de van de bijstandsgerechtigde verlangde eigen bijdrage via de gemeentelijke sociale dienst in te vorderen. Ook dit werd door de rechter beschouwd als de weigering een incasso te verrichten. (Vz.Afd.R. 13.12.1982, tB/S V, 285).

Hierna volgen enkele uitspraken waarin uitdrukkelijk wordt gesteld dat, althans bij overeenkomsten, de publieke taak, ook als deze in een wet is omschreven, zelf geen beschikkingsgrondslag kan zijn. Zelfs wanneer een administratief orgaan 'zijn bestuurlijke taak slechts kan uitoefenen door middel van het verrichten van rechtshandelingen naar burgerlijk recht' worden die rechtshandelingen (zoals de weigering een erfpachtsovereenkomst te sluiten) nog geen beschikkingen, zo bepaalde de Afdeling al snel. (Afd.R. 29.8.1978, tB/S V, 98, AB 1979, 116).

In een procedure ex artikel 78 Wet RvS merkte de voorzitter het besluit van een gewestraad tot het aangaan van een vuilafvoerovereenkomst met een particuliere NV als rechtshandeling naar burgerlijk recht aan en voegde daaraan toe: 'Hieraan kan niet afdoen de omstandigheid, dat, als door appellanten gesteld, verweerder hierbij een belang wenste te behartigen, dat specifiek tot het terrein van de overheid behoort.' (Vz.Afd.R. 22.2.1979, AB 1980, 623).

Ook in een beroep tegen beëindiging van een overeenkomst inzake de verstrekking van enveloppen in postkantoren werd appellant, ook in een 'artikel 78-procedure', niet-ontvankelijk verklaard. Hetgeen appellant aanvoerde over de publieke bestemming van PTT-gebouwen waarin de in het Organieke Besluit PTT 1955 aan de PTT toebedeelde taken worden verricht en het feit dat het bestreden besluit deel zou uitmaken 'van het door het Staatsbedrijf der PTT gevoerde beleid in het kader van de op hem als overheidsorgaan rustende taak' liet volgens de Afdeling onverlet, dat het bestreden schrijven uitsluitend was gericht op de beëindiging van een burgerrechtelijke overeenkomst. (Vz.Afd.R. 31.10.1979, AB 1980, 624). En in de bekende zaak Badhuis Vlaardingen (Afd.R. 11.8.1978, AB 1979, 111) overwoog de Afdeling: 'De omstandigheid dat verweerder met zijn besluit tot het aangaan van een overeenkomst van huur en verhuur ook rekening heeft gehouden met factoren van sociaal-culturele aard, neemt niet weg dat het rechtsgevolg, op de totstandkoming waarvan dit besluit gericht is, privaatrechtelijk van aard is.'

Een uitspraak die sterk de aandacht heeft getrokken is die over het verwisselen van bankbiljetten door de Nederlandsche Bank NV. (Afd.R. 15.1.1981, AB 1982, 39; tB/S V, 214). Artikel 14, lid 1 en 2 Bankwet bepaalt, voor zover hier van belang, dat met machtiging van de Kroon, de directie van de Nederlandsche Bank bankbiljetten uit de circulatie kan nemen door houders van bankbiljetten op te roepen deze, binnen een door de Kroon te stellen termijn, ter verwisseling

aan te bieden. Na die termijn, zo bepaalt lid 4, vindt verwisseling slechts plaats als 'aan de aanvraag tot verwisseling redelijkerwijze behoort te worden gevolg gegeven'. Partijen waren het er over eens, dat de weigering om bankbiljetten die uit de circulatie zijn genomen te verwisselen nadat de daarvoor gestelde termijn is verstreken een beschikking is. De Bank had daarvoor nog gewezen op het gelijklopende standpunt van de Minister van Justitie bij de parlementaire behandeling van de Wet Arob.<sup>322</sup> De Afdeling dacht er echter anders over. Bankbiljetten zijn promessen aan toonder en dat burgerrechtelijke karakter behouden ze, 'ook al kunnen de in die promessen aan toonder belichaamde vorderingen slechts worden uitgeoefend onder de beperking van art. 14 vierde lid van die wet'. (de Bankwet, F.M.). Appellanten hebben in feite verzocht een betaling te verrichten en een betaling is burgerrechtelijk, óók als het recht daarop door publiekrecht is ingeperkt. Opmerkelijk is dat de publieke taakgedachte hier geen rol speelt, terwijl de Nederlandsche Bank toch het monopolie inzake de uitgifte van bankbiljetten heeft en de positie van de Bank ook meer in het algemeen zeer publiekrechtelijk is, geregeld in de Bankwet. Jawel, zo meent ook de Afdeling, maar 'in het onderhavige geval heeft verweerster geweigerd aan voormeld verzoek van appellanten te voldoen in haar hoedanigheid van uitgever van burgerrechtelijke promessen aan toonder.'<sup>323</sup>

In ons rechtssysteem is het mogelijk dat organen/ambten die administratief orgaan in de zin van de Wet Arob zijn daarnaast burgerrechtelijk optreden.<sup>324</sup> Maar is er hier wel van burgerrechtelijk optreden sprake? De verwisseling is een uitsluitend aan de Bank toekomende bevoegdheid, die bij toepasselijkheid van artikel 14, lid 4 Bankwet ook nog beperkt is. Legt men, zoals de Afdeling, de nadruk op het toonderkarakter dan moet van een rechtshandeling naar burgerlijk recht worden gesproken.<sup>325</sup> Dat er echter een mogelijkheid was binnen het raam van de Afdelingsjurisprudentie een beschikking aan te nemen, gezien de bijzondere positie van de Nederlandsche Bank, die een in de wet neergelegde overheidstaak uitoefent - anders kan men het reguleren van de geldkraan toch niet noemen - op een nauwkeurig door de wet aangegeven wijze, is ook verdedigbaar. Een willekeurige particulier kan deze rechtshandeling van het verwisselen niet verrichten, zoiets zou neerkomen op schenking. De suggestie van De Ru dat de Afdeling dus het criterium van Punt - er is een beschikking wanneer de overheid een bevoegdheid gebruikt die niet ook op grond van het burgerlijk recht aan een particulier toekomt - gevolgd zou hebben kan ik dan ook niet volgen, wel zijn constatering dat het criterium

van Borman - verticaliteit van het optreden - blijkbaar in dit geval wordt afgewezen.

In enkele gevallen heeft de Afdeling er blijk van gegeven het aangaan (respectievelijk weigeren) van overeenkomsten als beschikking te beschouwen. Voor het sluiten van die overeenkomsten moet dan een specifieke wettelijke basis bestaan die de (vrije of gebonden) bevoegdheid daartoe verleent.

In Afd.R. 7.2.1983, AB 428 heeft de Afdeling de weigering van de Minister van VROM een renteloze lening te verstrekken impliciet als beschikking aangemerkt. Tot het verstrekken van de gevraagde lening was de minister bevoegd ingevolge artikel 5 Wet Bezitsvormingsfonds. Dit fonds kent een eigen begroting en wordt voornamelijk gevoed door een door het Rijk afgezonderd bedrag (f 100 mln.) plus rente. 'De veronderstelling dat een lening zal zijn verstrekt of geweigerd krachtens de algemene bevoegdheid tot burgerrechtelijk rechtshandelen die aan iedere rechtspersoon toekomt wordt doorbroken indien een bestuursrechtelijke bevoegdheid tot het overheidsoptreden kan worden aangewezen,' zo merkt Borman in zijn noot op. Daarmee kan ik instemmen. De vraag is alleen of in deze casus een bestuursrechtelijke bevoegdheid wordt toegekend. Ook zonder de Wet Bezitsvormingsfonds zou de minister tot het sluiten van bedoelde overeenkomsten bevoegd zijn, mits hij daarvoor in zijn begroting ruimte heeft. Bedoelde wet nu verzekert dat er telkenjare een bepaald bedrag beschikbaar zal zijn. De minister bindt op dezelfde wijze de staat, of er nu wel of niet een dergelijk fonds is. Het is zelfs zo, dat de Wet Bezitsvormingsfonds (Stb. 1971, 418) en het daarop gebaseerde Besluit Bezitsvormingsfonds (Stb. 1971, 419) alsmede de ministeriële Beschikking Bezitsvormingsfonds (Stcrt. 1971, 123) de minister in zijn contractsvrijheid beperken door aan te geven onder welke voorwaarden de minister mag contracteren, in casu renteloze leningen mag verstrekken. Er wordt dus geen bestuursrechtelijke bevoegdheid toegekend, een bestaande privaatrechtelijke bevoegdheid wordt publiekrechtelijk beperkt en dan strikt genomen alleen nog voor zover het leningen ten laste van het fonds betreft. De Wet Bezitsvormingsfonds verbiedt de minister toch niet dergelijke leningen ook buiten deze wet om ten laste van zijn eigen begroting te sluiten? Nu zal de minister de politieke ruimte voor zulke acties wel missen maar dat is juridisch niet relevant. Het wel of niet aanwezig achten van de beperkingen die de wet stelt kan worden gezien als een rechtsoordeel en daarom als een beschikking. Het ingewikkelde van dit geval is dan,

dat de weigering een leenovereenkomst te sluiten privaatrechtelijk is, maar de voorafgaande beslissing of iemand voor zo'n overeenkomst in aanmerking komt publiekrechtelijk. Strikt genomen zou de Afdeling het beroep tegen de weigering zo'n overeenkomst te sluiten moeten verstaan als een beroep tegen het oordeel dat die persoon volgens de minister niet in aanmerking komt. Zou die beslissing vernietigd worden en de minister alsnog weigeren te contracteren, dan zal appellant zich tot de civiele rechter moeten wenden. Het is daarom wel te begrijpen dat de Afdeling appellant in zijn beroep heeft ontvangen. Borman vergelijkt deze casus met die waarin een waarschuwing inzake het onbestelbaar verklaren van poststukken als rechtshandeling naar burgerlijk recht werd aangemerkt. (Afd.R. 5.10.1981, AB 1983, 429, zie hiervoor). Hij zoekt het verschil in de oorsprong van respectievelijk de Wet Bezitsvormingsfonds en de Postwet. Uit het aanwezig zijn van een wettelijke regeling, onder of bij welke overeenkomsten worden aangegaan, hoeft nog niet te worden geconcludeerd, dat er op de grondslag van een publiekrechtelijke bevoegdheid wordt gehandeld. Daarmee ga ik graag akkoord. Het postvervoer, aldus Borman, is een uit de particuliere sfeer afkomstige bezigheid die in de overheidssfeer is getrokken. 'De bezitsvorming door kleine spaarders daarentegen is inkomenspolitiek van de overheid.' En wat is het verwisselen van uit de circulatie genomen bankbiljetten dan? Een particuliere bezigheid die in de overheidssfeer is getrokken? We stuiten hier op de vraag of er een verschil moet en *kan* worden gemaakt tussen typische overheidstaken en andere door de overheid vervulde taken. Het is mijns inziens heilloos dit te beproeven. Dat de Afdeling in bepaalde gevallen de taak als grondslag gebruikt is ernstig genoeg, wanneer een andere manier bestaat om haar uitspraken te ordenen, dan zou dit bij voorkeur niet moeten gebeuren aan de hand van het taakcriterium. (Zie verder onder § 4.3). Zo kan mijns inziens ook de uitspraak inzake het aanmunten van gouden dukaten door 's Rijks Munt worden begrepen. (Afd.R. 21.9.1977, AB 1978, 78). De afspraak om tegen betaling een bepaalde dienst te verrichten is normaliter een burgerrechtelijke overeenkomst, maar ingevolge de Muntwet bestaat er voor de Munt een wettelijke verplichting zo'n overeenkomst aan te gaan, behoudens uitzonderingsgevallen. Volgens de Afdeling heeft de Minister van Financiën de eindverantwoordelijkheid voor beslissingen van de Munt, ook voor de beslissing of zich zo'n uitzonderingsgeval voordoet.

Anders dan in het vorige geval wordt de bevoegdheid hier niet beperkt maar gebonden. Ook hier echter moet tevoren een rechtsoor-

deel worden geveld. Het is de minister (of staatssecretaris) die alvorens - privaatrechtelijk - te contracteren - publiekrechtelijk - beoordeelt of zich een uitzonderingsgeval ('wanneer de werkzaamheden voor het Rijk of de Overzeese Gebiedsdelen dit verhinderen') voordoet. Ontvankelijkheid ligt hier temeer voor de hand, omdat er door de wettelijke plicht nauwelijks nog van een gewoon contract kan worden gesproken. De beslissing wel of niet te contracteren gaat eigenlijk op in de beslissing omtrent het wel of niet aanwezig zijn van een uitzonderingsgeval. Het is overigens wel frappant dat de Afdeling zowel in de Bezitsvormingsfondscasus als in de Munt-casus met geen woord rept over de beschikkingsvraag, terwijl beantwoording daarvan toch niet zó voor de hand lag. In geen van beide zaken echter was dit punt tussen partijen in geding.

Een gelijkenis met de bankbiljettenkwestie dringt zich op. Dat de Nederlandsche Bank de algemene ook aan andere (rechts)personen toekomende, privaatrechtelijke bevoegdheid (plicht) bezat toondervorderingen te voldoen, neemt niet weg dat deze bevoegdheid (plicht) wordt beperkt door de Bankwet. Het is niet duidelijk waarom de Afdeling in die zaak een andere koers volgt.

In de zaak Dockheer - D.G. Rijksluchtvaartdienst (Afd.R. 25.11.1980, tB/S V, 209, AB 1981, 198) was sprake van een opleidingsovereenkomst tussen appellant en de Staat, waarvan de inhoud overeenkomstig het Opleidingsbesluit Rijksluchtvaartschool 1978 (Stb. 439) was vastgesteld. De weigering van de D.G. om appellant toestemming te geven eerder dan was overeengekomen in dienst te treden van een niet-Nederlandse luchtvaartmaatschappij is rechtstreeks gebaseerd op artikel 13 van deze algemene maatregel van bestuur. De Afdeling nam dan ook een beschikking aan. Dat een dergelijke toestemmingsbepaling ook in een niet door een wettelijke regeling beheerste overeenkomst kan worden opgenomen laat onverlet dat de toestemming hier rechtstreeks op een wettelijke regeling is gebaseerd.<sup>326</sup>

Iets dergelijks deed zich voor in Afd.R. 26.2.1981, tB/S V, 218. De beslissing van de Minister van Sociale Zaken om appellant niet alsnog op grond van artikel 8, lid 4 Jeugdspaarwet een spaarpremie toe te kennen - appellant was te laat met zijn verzoek, artikel 8, lid 4 geeft de minister de bevoegdheid deze overschrijding wegens bijzondere omstandigheden verschoonbaar te achten - stond weliswaar in verband met de gesloten jeugdspaarovereenkomst, maar was rechtstreeks op de wet gebaseerd. Overigens was ten tijde van 's ministers

beslissing de overeenkomst reeds van rechtswege afgelopen.

De vraag is nu of enkele eerdere uitspraken van de Arob-rechter waarbij besluiten van de Minister van Binnenlandse Zaken in het kader van arbeidsovereenkomsten, gebaseerd op algemene maatregelen van bestuur (Uitkeringsregelingen 1952 en 1966) als achterhaald moeten worden beschouwd.

Wat is het geval? In Afd.R. 2.6.1978, tB/S V, p. 273 redeneerde de Afdeling als volgt: De Uitkeringsregeling 1952 (Stb. 412) stelt onder meer bepalingen vast waaronder het Rijk arbeidsovereenkomsten naar burgerlijk recht sluit. Deze regeling maakt derhalve deel uit van zo'n arbeidsovereenkomst, dus kunnen partijen aan deze regeling slechts rechten en verplichtingen ontleen krachtens deze overeenkomst. Daarom is het besluit van de minister om geen uitkering toe te kennen uitvoering van een burgerrechtelijke overeenkomst en dus een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Vergelijkbaar is de uitspraak van de Vz.Afd.R. 11.9.1979, AB 1980, 597 inzake de Uitkeringsregeling 1966 (Stb. 408).

Artikel 2, lid 1 sub b Uitkeringsregeling 1952 merkt 'arbeidscontractanten' als belanghebbenden in de zin van deze regeling aan. De artikelen 6 en 10 regelen het recht op uitkering. Voor de Uitkeringsregeling 1966 zijn dit respectievelijk de artikelen 2, lid 1 sub b en 8. Welnu, ook in deze gevallen wordt de minister rechtstreeks door een wettelijke regeling een bevoegdheid toegekend. Dat het uitoefenen van deze bevoegdheid slechts die personen<sup>327</sup> kan betreffen met wie een arbeidsovereenkomst is gesloten, anders gezegd de bevoegdheid pas kan worden geëffectueerd wanneer er zo'n overeenkomst is, laat onverlet, dat de bevoegdheid ontspruit aan de Uitkeringsregeling en niet aan de overeenkomst.<sup>328</sup> Anders zou het liggen wanneer de Uitkeringsregeling met zoveel woorden in de bepalingen van het contract is opgenomen. Daarvan blijkt niet in de uitspraak. Het woord 'derhalve' is niet op zijn plaats, er ontbreekt een schakel. Ook bijvoorbeeld de Pensioenwet kan heel wel van toepassing zijn zonder in het contract te zijn opgenomen (hetgeen ook niet gebeurt). Uitvoering van die wet zal men toch ook niet als contractuele aangelegenheid willen zien.

Men zou kunnen menen dat deze uitspraken achterhaald zijn. Het lijkt echter niet onwaarschijnlijk dat de Arob-rechter zich hier heeft laten leiden door de wens arbeidsrechtelijke geschillen buiten de deur te houden, nu ook ontslagkwesties expliciet (artikel 6 Wet Arob) zijn uitgezonderd.<sup>329</sup>



## 4.2.2 *Subsidies*

### 4.2.2.1 *Algemeen*

Reinders<sup>330</sup> omschrijft<sup>331</sup> het begrip subsidie als 'een geldelijke of op geld waardeerbare uitkering vanwege de overheid aan particuliere instellingen ten behoeve van bepaalde activiteiten, die de overheid in het algemeen belang oordeelt maar die zij om verschillende redenen niet zelf ter hand neemt'. Voor het beschikkingsbegrip is het verschijnsel subsidiëring van groot belang. Publiekrecht en privaatrecht lopen hier werkelijk dwars door elkaar. Zo geeft de publiekrechtelijke subsidiebeslissing een privaatrechtelijke aanspraak. Ook de subsidiëring zelf kan een privaatrechtelijke vorm hebben, namelijk die van de overeenkomst, óók indien - en wanneer is dat niet het geval - de subsidiëring in het kader van de overheidstaak plaatsvindt.<sup>332</sup> Aan de subsidie-overeenkomst is de volgende paragraaf gewijd.

Eerst volgen enige opmerkingen over het eenzijdige subsidiebesluit. Aan veel subsidiebesluiten ligt geen specifieke wettelijke bevoegdheidsbepaling ten grondslag. Er is op alle overheidsniveaus echter wel een algemene bevoegdheidsbepaling. Zo kan voor het Rijk worden gewezen op artikel 19 Comptabiliteitswet<sup>333</sup>, voor de gemeente op de artikelen 167 en 209 gemeentewet.<sup>334</sup>

Dat tot het besturen het uitgeven van geld behoort is evident; men zou dit ongeschreven recht kunnen noemen. Genoemde bepalingen gaan vervolgens niet verder dan aan te geven wie van de ambten bevoegd is geld uit te geven. De begroting geeft (slechts) het maximum van de uit te geven hoeveelheid aan en kan daarom niet zelf als grondslag worden gezien. Dit wordt niet anders door het feit dat zonder begrotingspost doorgaans geen geld mag worden uitgegeven - het maximum is in dat concrete geval dan nul - een begrotingspost veronderstelt juist een bevoegdheid tot het doen van uitgaven, welke bevoegdheid zij voor bepaalde gevallen (beleidsterreinen) tot een bepaalde hoogte ontsluit.

Uitgaven kunnen ook in privaatrechtelijk verband worden gedaan. Is er geen subsidie-overeenkomst, met een zekere tegenprestatie van de kant van de subsidie-ontvanger, dan zou van schenking moeten worden gesproken. Dit veronderstelt echter vrijgevigheid van de kant van de gever en deze is er bij subsidies doorgaans niet.<sup>335</sup>

Waar tot het geven van subsidie wordt besloten anders dan in het verband van een privaatrechtelijke overeenkomst moet het publiekrechtelijk karakter van dergelijke besluiten dus worden gezocht in de algemene wettelijke bepalingen die aangeven welk ambt bevoegd is tot

het uitvoeren van welk deel van de overheidstaak en in het bijzonder in de bepalingen die aangeven welk ambt tot het doen van uitgaven bevoegd is. Begrotingsposten kaderen deze bevoegdheid publiekrechtelijk in.

De Arob-rechter heeft subsidiebesluiten als hier bedoeld van meet af aan als beschikkingen beschouwd. (Zie bijvoorbeeld Vz.Afd.R. 19.10.1976, AB 1977, 77; Vz.Afd.R. 2.12.1976, AB 1977, 78; Afd.R. 14.12.1976, tB/S III, p. 1). Hij heeft daarbij een beroep gedaan op de wetsgeschiedenis. Anders dan de Wet Bab kent de Wet Arob geen uitzondering van het beroep voor beschikkingen die subsidies inhouden.<sup>336</sup> Dat de wetgever subsidiebeschikkingen niet langer van beroep wilde uitzonderen zegt echter nog niets over de vraag welke besluiten als subsidiebeschikkingen kunnen worden aangemerkt. Aan dit wetshistorische argument kan dan ook niet veel betekenis worden gehecht. Dat is vooral zo waar aan rechtshandelingen naar burgerlijk recht mede een publiekrechtelijk karakter wordt toegekend, zoals bij subsidie-overeenkomsten.

#### 4.2.2.2 *Subsidie-overeenkomsten*

Een voor ons onderwerp belangrijk type overeenkomst is de subsidie-overeenkomst. De privaatrechtelijke vormgeving van het overheidsbesluit subsidie te verlenen zou duiden op het ontbreken van een beschikking. De materiële gelijkenis met subsidiebesluiten, op basis van wet of pseudowet, die niet in een overeenkomst worden verpakt leidt er eerder toe bij het aangaan van subsidie-overeenkomsten wel een beschikking aanwezig te achten. De opvatting van de Afdeling rechtspraak is deze, dat de privaatrechtelijke vorm het aannemen van een beschikking in de weg staat, tenzij de wet rechtstreeks de bevoegdheid geeft tot het sluiten van bepaalde subsidie-overeenkomsten. Zie hierover eerder al § 4.2.1. Redenen om de subsidie-overeenkomst hier apart te behandelen zijn het feit dat bij deze overeenkomsten het publieke taak idee sterk spreekt en de materiële verwantschap met subsidiebeschikkingen. Als uitgewerkt voorbeeld, dat in jurisprudentie en literatuur het nodige stof heeft doen opwaaien, is hierna een paragraaf over besluiten inzake de Beeldende Kunstenaars Regeling opgenomen.

Vooraf dient te worden opgemerkt, dat van het sluiten van overeenkomsten moet worden onderscheiden de uitvoering daarvan. In het kader van subsidiëring zal die uitvoering veelal inhouden het betalen van een geldbedrag respectievelijk de weigering te betalen of een

schuld kwijt te schelden. Dit zijn burgerrechtelijke rechtshandelingen, waarover de Arob-rechter niet oordeelt. Zie bijvoorbeeld Afd.R. 11.6.1978, tB/S V, p. 292 (weigering kwijschelding), Afd.R. 17.10.1978, AB 1979, 196 (terugvordering reeds betaalde subsidie), Wnd.Vz.Afd.R. 31.12.1982, tB/S V, 290 (idem)<sup>337</sup>, Afd.R. 19.2.1980, AB 583, tB/S V, 165 (weigering uitbetaling subsidie).

De uitvoering van een subsidie-overeenkomst kan ook andere aspecten hebben dan het betalen, kwijschelden enz. van geld. Zo werd de toestemming van de Minister van WVC voor de vervreemding van het landgoed Queekhoven, voor de aankoop waarvan subsidie was verleend o.a. onder de voorwaarde dat vervreemding slechts met goedkeuring van de minister kon plaatsvinden, als een rechtshandeling naar burgerlijk recht bestempeld *omdat* dit 'de uitvoering van de tussen de Staat en de Stichting gesloten overeenkomst' betrof (Vz.Afd.R. 19.1.1983, tB/S IV, 90).

Uit deze uitspraak zou licht kunnen worden afgeleid dat de rechter hier een variant van de keten- of oplostheorie hanteert. (Zie § 4.6). Hiermee moeten we echter voorzichtig zijn, omdat ook over het gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden privaatrechtelijk kan worden gecontracteerd. Wordt zo'n bevoegdheid dan gebruikt - of wordt dit juist geweigerd - dan is er toch ook sprake van (weigering van) uitvoering van een overeenkomst, zonder dat aan het publiekrechtelijk gehalte van de handeling (besluit, weigering) zal hoeven te worden getwijfeld.<sup>338</sup> (Vgl. Afd.R. 3.1.1979, tB/S V, 117 met in gelijke zin als hiervoor de aantekening van Ten Berge en Stroink).

Wanneer subsidie uitdrukkelijk in het kader van een overeenkomst wordt verleend, wordt de weigering om van die overeenkomst af te wijken dan wel een nieuwe overeenkomst aan te gaan (om een hogere subsidie toe te kennen) hetzelfde karakter toegekend als die overeenkomst zelf, van een rechtshandeling naar burgerlijk recht dus. Zie Vz.Afd.R. 18.4.1978, tB/S V, p. 258, inzake een zogenaamde boerderijbouwovereenkomst.

Nu dan de subsidie-overeenkomsten zelf. Er zijn enkele opmerkelijke uitspraken te signaleren in het kader van kredietverlening en -garanties.

Toen de Staatssecretaris van Economische Zaken een kredietgarantie weigerde meende hij daarmee een overeenkomst van borgtocht te weigeren, zoals geregeld in de artikelen 1857 e.v. BW. De Afdeling geeft twee gronden aan om hierin de weigering van een beschikking te zien (Afd.R. 29.6.1977, tB/S V, p. 73):

- 1 Het besluit is gebaseerd op enkele artikelen uit de pseudowettelijke (!) Kredietbeschikking Midden- en Kleinbedrijf 1965 'en moet derhalve worden gezien als de uitoefening van een in de Kredietbeschikking Midden- en Kleinbedrijf 1965 vervatte publiekrechtelijke bevoegdheid'.
- 2 De wetgever heeft onmiskenbaar de bedoeling gehad besluiten omtrent geldelijke uitkeringen onder de benaming subsidie, garantie, krediet of hoe dan ook onder de werking van de Wet Arob te brengen, een artikel als 5 onder k Wet Bab is niet in de wet opgenomen.<sup>339</sup>

Het eerste argument is hoogst merkwaardig. In afwijking van het wetmatigheidsbeginsel wordt bevoegdheid tot subsidiëring ook zonder uitdrukkelijke basis in de wet aangenomen. Dit wordt aanvaard vanwege het begunstigende karakter van subsidieverlening. Nuanceringen in verband met te stellen belastende voorwaarden en mogelijke effecten voor derden maken een wettelijke basis overigens wel wenselijk maar dat laten we nu maar even daar.

Een bevoegdheid die geen wettelijke grond heeft kan men echter niet ontleen aan pseudowetgeving. Of zou de Afdeling bedoelen dat de aan het ongeschreven recht ontleende bevoegdheid tot subsidiëring in de pseudowettelijke regeling is verwoord (erin vervat)? Dan betekent dit argument niet meer en niet minder(!) dan dat subsidiëring een publiekrechtelijke aangelegenheid is. Maar dat wordt nu juist door de Afdeling zelf ontkend in allerlei gevallen waarin zij zich wegens de privaatrechtelijke vormgeving van subsidiëring onbevoegd acht.

Het tweede argument is ook niet bijster sterk. Het moge zo zijn dat subsidiebeschikkingen eerst waren uitgesloten (Bab) en nu niet meer (Arob), maar dat geeft geen antwoord op de vraag wanneer nu een subsidiebeschikking moet worden aangenomen.<sup>340</sup> Het is ook beslist niet zo dat alle besluiten 'onder de benaming garantie, krediet of hoe dan ook' door de Afdeling als beschikking worden beschouwd.

De Wet Bab hoefde natuurlijk in artikel 5 onder k alleen maar die subsidiebesluiten uit te zonderen die beschikking waren, andere besluiten vielen al buiten de werking van de wet omdat zij niet aan het beschikkingsvereiste voldeden. Maar daarmee is geen bewijs geleverd voor de stelling dat de verzameling besluiten als bedoeld in artikel 5 onder k Wet Bab ook uitsluitend beschikkingen bevat, noch voor de stelling dat die verzameling nu in zijn geheel *wel* voor Arob-beroep vatbaar is geworden.

Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet Arob (en ook van de

Wet Bab) kan men slechts afleiden dat de wetgever aan eenzijdige subsidiebesluiten het karakter van beschikking niet wilde onthouden vanwege het ontbreken van een geschreven publiekrechtelijke titel. Over de afgrenzing van dit soort besluiten ten opzichte van overeenkomsten is eenvoudig niets te vinden in die parlementaire geschiedenis.

Bezien wij nu eerst de koers die de Afdeling volgt. Vergelijkbare overwegingen als in het vorenbeschreven geval hanteerde de Afdeling in Afd.R. 30.11.1977, AB 1978, 54 (inzake de Beschikking garantie olie-aankoop glastuinbouw 1974 en haar opvolgsters) en Vz.Afd.R. 8.5.1984, geciteerd in Afd.R. 30.11.1984, AB 1985, 386.

De weigering van B & W van Zwolle om een krediet te verstrekken, onder handhaving van de beslissing van de Directeur van de Stichting Gemeentelijke Kredietbank Zwolle, werd zonder meer gezien als de weigering een overeenkomst van geldlening aan te gaan en mitsdien als rechtshandeling naar burgerlijk recht (Afd.R. 10.12.1979, AB 1981, 71). Aangezien echter uit de uitspraak niet blijkt of het hier een normale kredietverlening - tegen normale rente - betreft of één, waarvan een subsidie-aspect zit, moet men voorzichtig zijn met conclusies: wellicht hanteert de Afdeling een materieel criterium aan de hand waarvan sommige kredietbesluiten wel en andere niet onder het Arob-beschikkingsbegrip vallen. Wel kan worden geconcludeerd dat 'onder de benaming garantie, krediet of hoe dan ook' blijkaar ook besluiten kunnen worden gebracht die géén beschikking zijn, waarmee het wetshistorische argument van de Afdeling toch wel definitief heeft afgedaan.

In Afd.R. 30.1.1984, tB/S V, 330 werd daarentegen - impliciet<sup>341</sup> - aangenomen, dat de weigering van het Dagelijks Bestuur van het Hypotheekfonds Noord-Brabantse Gemeenten een hypothecaire lening te verstrekken een beschikking is. Van een motivering om hier weer wel een beschikking aan te nemen is geen sprake. Tenslotte<sup>342</sup> over kredietgaranties een interessante uitspraak waarbij de verhouding Arob-rechter - gewone rechter op twee niveaus aan de orde is: Afd.R. 16.11.1984, AB 1985, 384.

B & W van Zaanstad hadden een kredietgarantie gegeven ter uitvoering van een raadsbesluit als bedoeld in artikel 63, lid 1 en lid 3, aanhef en onder b Woningwet, terwijl de (rechtspersoon) gemeente Zaanstad zich conform de Beschikking geldelijke steun eigen woningen 1979, artikel 29, lid 1 aanhef en onder c, bij notariële akte had borg gesteld. Bijlage I bij deze Beschikking bepaalt dat de garantie

wordt verstrekt in de vorm van een borgtocht. De intrekking van het garantiebesluit wordt door de Afdeling een beschikking geacht - en daarmee ook het garantiebesluit zelf -. Tegelijk merkt de Afdeling op dat dit de (privaatrechtelijke) borgstelling onaangetast laat, ofschoon 'de feiten en omstandigheden die verweerders tot intrekking van het garantiebesluit hebben bewogen eveneens een rol kunnen spelen bij de beantwoording van de vraag of de gem. Zaanstad zich ingevolge de wet of de overeenkomst van haar verplichtingen uit hoofde van de borgtocht ontslagen kan achten'. Dit laatste is interessant op het niveau van de inhoudelijke beoordeling door de burgerlijke rechter van een mogelijke opzegging van die overeenkomst. Hier gaat het om het andere niveau: de beschikkingsvraag. Van Buuren vraagt zich in zijn noot af welk rechtsgevolg de intrekking van het garantiebesluit heeft wanneer dat niet privaatrechtelijk is. Men kan desnoods een rechtsgevolg beheerst door het privaatrecht publiekrechtelijk noemen, maar dan moet er wel rechtsgevolg zijn! Door de scheiding garantiebesluit - borgstelling lijkt ook mij het rechtsgevolg verdwenen. Opmerkelijk is verder dat de ketentheorie hier niet wordt toegepast. De garantie moest worden verstrekt in de vorm van een borgtocht (Bijlage I): is dit garantiebesluit dan niet gericht op de totstandkoming van een rechtshandeling naar burgerlijk recht?

De Afdeling heeft enerzijds haar greep op de garantiebesluiten willen behouden, maar zag zich geconfronteerd met een notariële akte waar ze moeilijk om heen kon. Ze heeft nu de vlucht voorwaarts genomen door bij de beoordeling van de 'garantiebeschikking' meteen een signaal richting burgerlijke rechter te sturen. Of deze daarvoor gevoelig is moet worden afgewacht.<sup>343</sup>

Minder royaal was de Afdeling rechtspraak in Afd.R. 16.6.1978, tB/S V, 80, betreffende een uitkering in het kader van een bedrijfsbeëindigingscontract. Tussen de echtgenoot van appellant en de Stichting ontwikkeling en sanering voor het midden- en kleinbedrijf was op basis van en met inachtneming van het door de Stichting vastgestelde en door de staatssecretaris goedgekeurde Besluit Bedrijfsbeëindigingshulp 1967 een bedrijfsbeëindigingscontract gesloten. Appellantes echtgenoot kreeg een uitkering in het kader van dit contract. Appellante kwam op tegen het stoppen van de uitkering na het overlijden van haar echtgenoot. De Afdeling constateerde dat het hier de uitvoering van een civielrechtelijk contract betrof. De gang van zaken was aldus, dat de Stichting een voorwaardelijke beslissing

tot het verlenen van een uitkering nam, terwijl die voorwaarde bestond uit het aangaan van een burgerrechtelijke overeenkomst. In het contract was overeengekomen dat verweerder - de Staatssecretaris van Economische Zaken - in beroep oordeelde over beslissingen inzake de aanvraag. Nu het hier beëindiging van de uitkering betrof was hij niet bevoegd. De Afdeling vernietigde daarna zijn in beroep gegeven beschikking.

Dit lijkt op zichzelf juist. Door te stellen dat voor geschillen tussen partijen inzake de uitvoering van het contract de burgerlijke rechter bevoegd is, gaf de Afdeling aan dat het stopzetten van de uitkering - inhoudelijk zonder meer een subsidiebeslissing - in het kader van de overeenkomst moest worden geplaatst en niet de overeenkomst in het kader van de voorwaardelijke uitkeringsbeslissing, hetgeen zij óók had kunnen doen.<sup>344</sup>

Zo kan men de terugvordering van een reeds betaald bedrag op zichzelf beschouwen en dan als iets burgerrechtelijks, men kan ook het accent leggen op het impliciete intrekken (terugnemen) van de subsidiebeschikking (vergelijk Afd.R. 17.10.1978, AB 1979, 196). Het feit dat de subsidievoorwaarden zijn opgenomen in 'een document waarboven het woord "overeenkomst" prijkt' verandert daaraan volgens Punt niets.<sup>345</sup> Ook Borman laat hier het materiële subsidie-aspect zwaarder wegen.<sup>346</sup>

Een ander voorbeeld van een subsidie in het kader van een overeenkomst is de bijdrage die jaarlijks door de gemeente Meppel wordt gegeven aan de Stichting ter bevordering van de Jeugdandverzorging in de provincie Drenthe. (Afd.R. 31.7.1984, tB/S V, 352). De gemeente Meppel neemt deel aan de Stichting, aldus de Afdeling. Wat moet men zich hierbij eigenlijk voorstellen? Volgens de Afdeling manifesteert (!) die deelneming zich 'in het nakomen van de verplichtingen, die krachtens de statuten van appellante (. . .) gelden voor een "medewerkende gemeente"', zoals Meppel. De statuten van de Stichting kunnen de gemeente Meppel natuurlijk geen verplichtingen opleggen en wanneer de Afdeling de rechtsverhouding tussen Stichting en gemeente van civielrechtelijke aard acht, moet dan ook wel worden aangenomen dat er blijkbaar een overeenkomst tot stand is gekomen, waarvan de inhoud in de statuten is terug te vinden. Een besluit van de gemeenteraad tot het bevroren van de bijdrage wordt dan ook aangemerkt als een rechtshandeling naar burgerlijk recht. Waar de Afdeling elders door de privaatrechtelijke vorm heen kijkt, is ze daartoe in dit geval, waarin zij er nota bene zelf niet aan wil het

woord overeenkomst te gebruiken, niet bereid, ofschoon het hier inhoudelijk natuurlijk een subsidie betreft.<sup>347</sup>

De volgende conclusies kunnen worden getrokken:

- De Afdeling rechtspraak eist voor het aannemen van een beschikking bij, ook naar de vorm, eenzijdige subsidiebesluiten geen geschreven publiekrechtelijke titel.
- Subsidiebesluiten die in een burgerrechtelijke vorm zijn gegoten worden doorgaans niet, soms echter wel als beschikkingen beschouwd; de motivering die de Afdeling daarvoor geeft is zwak en inconsistent: noch het bestaan van pseudowetgeving, noch de wetsgeschiedenis kunnen op dit punt van doorslaggevend belang zijn.
- Door diverse schrijvers<sup>348</sup> wordt de zig-zag koers van de Afdeling gekritiseerd. Zij menen dat de Afdeling zich bevoegd dient te achten inzake alle besluiten die zich inhoudelijk als subsidie aandienen, ook al gebeurt dat in een privaatrechtelijke gestalte.

Op dit laatste punt moet nog nader worden ingegaan. Zoals zo vaak betreft het hier de vraag van vorm en inhoud. Afgaan puur op de vorm lijkt het meest duidelijk en in het belang van de rechtszekerheid.<sup>349</sup> Men moet dan op de koop toe nemen, dat de overheid zich aan Arob-controle kan onttrekken door subsidiebesluiten in een privaatrechtelijke vorm te gieten. Afgaan op de inhoud vereist duidelijkheid over het begrip subsidie (in ruime zin, inclusief voordele leningen e.d.).

Dit lijkt op zichzelf al onhaalbaar - en in ieder geval tot oeverloze casuïstiek te leiden - gezien de bonte veelheid van wijzen waarop de overheid steun verleent, maar een meer principieel bezwaar is, dat niet alleen bij subsidies, maar altijd het algemeen belang voorop staat bij de taakbehartiging.

Wat moeten we in dit verband bijvoorbeeld aan met de overweging van de Afdeling (in Afd.R. 25.10.1978, tB/S V, 110) dat 'het besluit van verweerders tot het verstrekken van suppletie (aan appellanten op hun WW-uitkering, F.M.), en derhalve ook hun besluit tot beëindiging daarvan, onder de gegeven omstandigheden moet worden aangemerkt als te zijn genomen in het kader van het gemeentelijke subsidiebeleid op het terrein van het welzijnswerk'? Dat de uitkering een subsidie is en dus voor Arob-beroep vatbaar? Maar wat is dan een subsidie? De Afdeling lijkt nu eens het inhoudelijke criterium (wel of geen subsidie), dan weer het formele criterium (publiek- of privaatrechtelijke vorm) de doorslag te laten geven. Beide criteria zijn problematisch, maar het hanteren van beide door elkaar is dat helemaal.



Overheidshandelingen laten zich niet allemaal in twee elkaar uitsluitende helften opdelen - een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke -. De Arob-rechter zit echter met de erfenis van een wetgever die een dergelijke opdeling blijkbaar wel voor ogen had. Met die erfenis weet hij niet goed raad.

#### 4.2.2.3 *De Beeldende Kunstenaars Regeling*

Omtrent de Beeldende Kunstenaars Regeling (BKR) zijn belangwekkende uitspraken gedaan. Zij vormt de basis voor overeenkomsten die in het kader van de overheidstaak (!) worden gesloten en die veel overeenstemming vertonen met subsidiëring. Redenen genoeg om deze regeling en de jurisprudentie ter zake in een aparte paragraaf te behandelen.<sup>350</sup>

De BKR is een besluit van de Minister van Sociale Zaken van 13 december 1971, nr. 34536/IIIa, gepubliceerd in de Staatscourant 1971, nr. 250.<sup>351</sup> Deze regeling is niet op een formele wet gebaseerd en moet als pseudowetgeving worden gekarakteriseerd.

In HR 29.6.1979, AB 488, NJ 1981, 562 (Meeden) merkte de Hoge Raad op: 'De BKR houdt geen naar buiten werkende en voor de bij die regeling betrokkenen bindende voorschriften in. Zij behoort derhalve niet tot hetgeen in art. 99 Wet RO onder het begrip 'recht' moet worden verstaan . . . '.

De voorzitter merkte in zijn uitspraak over het - inmiddels beroemde! - groen schilderij op: 'De Beeldende Kunstenaars Regeling heeft de strekking aan gemeentebesturen, die handelen overeenkomstig haar bepalingen, o.m. een uitkering te doen toekomen, die hen in staat moet stellen daaruit een deel van de aankoopkosten van een kunstwerk te voldoen. De Beeldende Kunstenaars Regeling steunt echter niet op enig wettelijke regeling, en naar geldend recht kan een overheidsorgaan geen bevoegdheden tot het opleggen van verplichtingen of het toekennen van rechtsaanspraken ontleen aan door dat orgaan zelf gestelde regelen zonder grondslag in Grondwet of wet.' (Vz.Afd.R. 11.5.1978, AB 360, tB/S V, p. 267). Deze uitspraak is door de Afdeling bevestigd in Afd.R. 17.12.1979, AB 1980, 560. Een vrijwel identieke passage is te vinden in het Bab-KB van 9.1.1976, nr. 11, AB 1977, 294.

De BKR heeft tot doel (artikel 2) voor beeldende kunstenaars die aan bepaalde voorwaarden voldoen (artikel 3) voorzieningen te treffen (kunstopdrachten, opdrachten tot het verrichten van diensten, aan-

koop van reeds vervaardigde kunstwerken, respectievelijk hoofdstuk III, IV en V) waardoor hij in staat wordt gesteld door middel van arbeid in zijn bestaan te voorzien.<sup>352</sup> De BKR wordt uitgevoerd door de gemeentebesturen (die dat wensen uiteraard, er is immers geen sprake van medebewind). Het gemeentebestuur laat zich adviseren door een commissie waarin ook de rijksconsulent zitting heeft (artikel 5).

De conflicten omtrent toepassing van de BKR hebben met name betrekking op de volgende situaties:

- Gemeentebestuur en rijksconsulent zijn het niet eens over het al dan niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 3 (o.a. onvoldoende bestaansmiddelen, Nederlanderschap, bepaalde leeftijd); het gemeentebestuur legt de zaak dan aan de minister ter beslissing voor (artikel 12).
- Het gemeentebestuur beslist géén voorziening te treffen of een die afwijkt van het door de commissie uitgebrachte advies ten aanzien van te stellen voorwaarden of ter zake van prijzen, tegemoetkomingen, honoraria en aankoopssommen; de aanvrager kan de minister dan om revisie verzoeken, op welk verzoek de minister een bindende beslissing neemt (artikel 37).

De twee vragen die nu ter beantwoording staan zijn:

- a Is het besluit van B & W om een BKR-voorziening te treffen (in de praktijk vrijwel altijd de voorziening die inhoudt dat een vervaardigd werk wordt gekocht)<sup>353</sup> een beschikking?
- b Zijn de besluiten van de minister ingevolge de artikelen 12 en 37 BKR beschikkingen?

#### *Ad a*

In de zaak 'groen schilderij' overweegt de Afdeling<sup>354</sup> dat de BKR de gemeentebesturen niet verplicht tot aankoop van aangeboden schilderijen over te gaan, omdat de BKR niet op enig wettelijk voorschrift steunt. Vervolgens: 'In het besluit van verweerders . . . is *dan ook*, (cursivering van mij, F.M.) naar het oordeel van de Afdeling, niets anders te zien dan de weigering om een rechtshandeling naar burgerlijk recht te verrichten . . .'. In een zaak betreffende korting van de WAO-uitkering op de BKR-weeksom (Afd.R. 8.5.1980, tB/S V, 180) voegde de Afdeling daaraan nog toe: 'Komt de koop tot stand dan geschiedt dit onder de voorwaarden zoals in de Beeldende Kunstenaars Regeling aangegeven; in het concrete geval gaan deze voorwaarden derhalve deel uit maken van de gesloten overeenkomst.' In

deze zaak was volgens de Afdeling een geschil aan de orde 'betreffende de betaling van een schuld die verweerders op grond van de met appellant gesloten overeenkomst van koop en verkoop van een aantal door appellant vervaardigde kunstwerken jegens appellant hebben. Het besluit van verweerders . . . betreft derhalve een rechtshandeling naar burgerlijk recht'.

Twee dingen verdienen de aandacht. De Afdeling neemt niet een rechtshandeling naar burgerlijk recht aan louter omdat er van het sluiten respectievelijk uitvoeren (of de weigering daarvan) van een burgerrechtelijke overeenkomst sprake is, maar omdat zo'n overeenkomst in casu niet is gebaseerd op een wettelijke regeling. Er is geen - specifieke - wettelijke regeling die het gemeentebestuur er toe zou verplichten een dergelijke overeenkomst te sluiten in bepaalde gevallen en de administratieve rechter kan het besluit om zo'n overeenkomst te sluiten dan ook niet toetsen. Blijkbaar zou wel een beschikking kunnen worden aangenomen wanneer er wel zo'n specifieke wettelijke regeling zou zijn. Dit is door de Afdeling inderdaad aangenomen in Afd.R. 29.6.1977, tB/S V, p. 73 en Afd.R. 7.2.1983, AB 428. (Zie vorige paragraaf.) Deze argumentatie brengt ons op het tweede punt: waarom speelt de geschreven publiekrechtelijke titel hier zo'n belangrijke rol terwijl bij andere subsidies deze eis niet wordt gesteld? Ik ga er nu gemakshalve van uit, dat de BKR (mede) een subsidieregeling is. De kunstwerken worden wat de gemeente betreft ten slotte nauwelijks voor een ander 'doel' dan voor opslag gekocht (en dat kost ook nog geld, dat opslaan). Voor de kunstenaar is het een ondersteuning van zijn bestaan als kunstenaar.

Verschillende schrijvers menen, dat de Afdeling bij BKR-kwesties ten onrechte niet door de privaatrechtelijke vorm heen kijkt.<sup>355</sup> Het verschil met 'gewone' subsidiebeslissingen is, dat de hier bedoelde beslissingen van gemeentebesturen een overeenkomst betreffen. Gelet op de jurisprudentie inzake de publieke taak zou het aannemen van een beschikking niet verrassen. Daarom is begrijpelijk de verzuchting van Crasborn<sup>356</sup> 'hier staat toch wel vast dat de aankoop van een kunstwerk "in overwegende mate" als motief inkomensoverdracht heeft, en wel een sociale voorziening.' Maar moeten we bij de vaststelling van de juridische aard van een handeling uitgaan van het motief? Zoals eerder gesteld meen ik van niet. Dat de Afdeling in andere gevallen 'dwaalt' mag geen reden zijn haar daartoe te verleiden in gevallen waarin ze dat niet doet. Het besluit van B & W is gericht op het tot stand brengen van een overeenkomst van koop en verkoop.

Met welk doel die overeenkomst is gesloten speelt voor het burgerrechtelijk gehalte geen rol.<sup>357</sup>

Het Hof Den Haag (12.9.1979, tB/S XII, 5) heeft voor enige opschudding gezorgd door te stellen dat toepassing van de BKR mede beschikkingen inhield betreffende sociale voorzieningen (met name kinderbijslag). Nu door verandering van de kinderbijslagwetgeving een belangrijk deel van 's Hofs argumentatie is weggevallen en de Afdeling rechtspraak in haar uitspraak van 13.7.1981, AB 1982, 147 de visie van het Hof heeft afgewezen lijkt deze uitspraak, om met Borman<sup>358</sup> te spreken, een incident te zijn geweest.

### *Ad b*

Aanvankelijk heeft de Afdeling (Afd.R. 26.6.1978, AB 1979, 286) de beslissing van de minister ex artikel 12 BKR een beschikking geacht (zonder het nodig te oordelen dit toe te lichten!). In twee latere uitspraken inzake beslissingen van de minister ex artikel 37 BKR wordt géén beschikking aangenomen en wel met een argumentatie die er op duidt dat ook de beslissing ex artikel 12 niet als een beschikking moet worden gezien (waarmee genoemde uitspraak van 26.6.1978 als achterhaald kan worden beschouwd).

In de vorenvermelde uitspraak over de WAO-korting was uitgemaakt dat het besluit van B & W een rechtshandeling naar burgerlijk recht was. Het besluit van de minister kwam in een aparte uitspraak van dezelfde datum aan de orde (Afd.R. 8.5.1980, tB/S V, 181). Daarin werd verwezen naar het karakter van de beslissing van B & W en vervolgd met:

'Hieruit vloeit voort dat ook de thans bestreden beslissing van verweerder - welke is genomen naar aanleiding van een verzoek om revisie op grond van de, niet op enig wettelijk voorschrift steunende, Beeldende Kunstenaars Regeling - geacht moet worden een rechtshandeling naar burgerlijk recht te betreffen.' Dit is niets anders dan een toepassing van de oplossings- of ketentheorie.<sup>359</sup>

Een gelijkkluidende overweging valt te lezen in Afd.R. 13.7.1981, AB 1982, 147. Niet valt in te zien waarom bij beslissingen van de minister op grond van artikel 12 BKR de ketentheorie niet zou gelden en bij beslissingen ex artikel 37 BKR wel.

### *4.2.3 Schadevergoedingsbesluiten*

Wanneer van overheidswege een onrechtmatige daad wordt gepleegd is de overheid wettelijk verplicht de schade te vergoeden, gelijk ieder

ander, krachtens artikel 1401 BW. Een besluit daartoe is voor het bestaan van die plicht niet relevant. Voor zover zo'n besluit een weigering betekent betreft dat een burgerrechtelijk handelen<sup>360</sup> dat door de burgerlijke rechter kan worden gecorrigeerd. Voor dit onderzoek is interessant hoe de besluiten tot schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaden moeten worden getypeerd: als beschikking of als rechtshandeling naar burgerlijk recht.

De Afdeling rechtspraak heeft zich in een reeks van uitspraken bezighouden met de figuur van de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaden of, beter, bestuurscompensatie.<sup>361</sup> Zij kan met schadevergoedingsbesluiten op twee manieren te maken krijgen:

a Bij de inhoudelijke beoordeling van een beschikking; het schadevergoedingsbesluit wordt niet op zichzelf beschouwd, maar de verlening of weigering van schadevergoeding alsmede de wijze waarop tot die verlening of weigering is gekomen, vormt een onderdeel van een ander besluit dat een beschikking is (bijvoorbeeld een vergunningverlening).

b Bij schadevergoedingsbesluiten die zelf beschikkingen zijn.

In de eerste categorie, die in het kader van dit onderzoek geen uitgebreide bespreking behoeft kunnen onder meer worden vermeld Afd.R. 15.12.1981, AB 1982, 298 (Baalderbrug), Afd.R. 12.1.1982, AB 299 (Paul Krügerbrug I), Afd.R. 9.9.1982, AB 1983, 269 (Plancken Wambuis), Afd.R. 19.8.1983, AB 1984, 115 (Shell/Naaykens - gemeenteraad Tilburg), Vz.Afd.R. 16.2.1984, AB 422 en - in bestuursdwangzaken - Afd.R. 26.7.1984, AB 1985, 221 en Vz.Afd.R. 22.1.1985, AB 1986, 278.

Een enkel geval verdient in dit verband nadere aandacht, namelijk dat van Hotel Waterloo te Dordrecht, waarbij het schade-element niet meer kon worden beoordeeld omdat het basis-besluit niet meer voor beroep vatbaar was. Nadat bij KB enkele aansluitingen van een rijksweg aan het openbaar verkeer waren onttrokken en appellant zich daartegen niet had verzet, diende hij enkele jaren later een verzoek in bij Rijkswaterstaat tot vergoeding van de door hem geleden schade vanwege deze onttrekking. Er gold ter zake geen schadevergoedingsregeling. De Afdeling merkte de afwijzende beslissing aan als een 'niet op enig nieuw, niet reeds geruime tijd tevoren ingetreden rechtsgevolg' gericht besluit en mitsdien niet als beschikking. Het opmerkelijke is, dat de Afdeling de schadevergoedingsbeslissing volkomen identificeert met het onttrekkings-KB. Dat dit KB onaantastbaar was geworden is ontegenzeggelijk juist, maar of naar aanleiding van dit optreden schadevergoeding moest worden verleend lijkt toch

een geheel andere vraag. Een vraag die niet eerder expliciet aan de orde was gekomen, omdat er niet om vergoeding was gevraagd of zelfs maar hoe dan ook was gereageerd. Van der Gouwe stelt in een aantekening onder deze uitspraak (Afd.R. 23.12.1982, tB/S V, 289) dat hier sprake was van een zogenaamde zelfstandige bestuurscompensatiebeslissing. De Afdeling achtte hier blijkbaar geen zelfstandige bestuurscompensatiebeslissing aanwezig. Het wel of niet toekennen van schadevergoeding is een, door het ongeschreven recht beheerst, element van de onttrekkingsbeslissing. Dit element kan net zo min jaren later als zodanig voorwerp van Arob-beroep zijn als een voorwaarde bij een vergunning die als zodanig rechtens onaantastbaar is.<sup>362</sup>

De besluiten bedoeld onder b, ook wel aangeduid als zelfstandige bestuurscompensatiebeslissingen of 'zuivere' schadebeschikkingen, moeten voldoen aan de eisen van artikel 2 Wet Arob om als beschikking door de Afdeling te kunnen worden beoordeeld. Wanneer tegen dergelijke beschikkingen een andere wettelijk geregelde voorziening open staat of voor de klager open gestaan heeft is de Afdeling niet bevoegd (artikel 5, aanhef en onder d Wet Arob). Dit leidt er, in combinatie met artikel 5, aanhef en onder a Wet Arob, toe dat de Arob-rechter slechts over schadebeschikkingen gebaseerd op verordeningen hoeft te oordelen. Zie bijvoorbeeld Afd.R. 2.1.1979, AB 1980, 638.

In Afd.R. 5.4.1983, AB 534 (fietsroute Den Haag) was er een geschreven publiekrechtelijke grondslag, een bepaling in een raadsverordening, en werd de beslissing tot weigering van schadevergoeding een beschikking geacht. (Dat de uitbetaling (of weigering daarvan) van het geld een rechtshandeling naar burgerlijk recht is, is een geheel andere zaak<sup>363</sup>). Eerder was de aanleg van een fietsroute in Tilburg voorwerp van geschil. Tilburg kende geen speciale schadevergoedingsbepaling maar had bij raadsbesluit artikel 49 Wet op de Ruimtelijke Ordening van toepassing verklaard. Dit blijkt uit Rb Breda 2.8.1983, AB 1984, 164. De voorzitter (Vz.Afd.R. 22.3.1983, AB 1984, 163, optredend ex artikel 78 Wet RvS) zag in de weigering schade te vergoeden geen beschikking omdat het besluit tot verwezenlijking van de fietsroute niet op enig rechtsgevolg was gericht. Maar dan zou het besluit tot aanleg van de Haagse route natuurlijk ook geen beschikking zijn. Blijkbaar heeft de voorzitter zich niet gerealiseerd dat er in casu een geschreven grondslag was voor het nemen van een zelfstandige 'compensatiebeschikking'.

Een beschikking is er *niet* wanneer het schadevergoedingsbesluit niet is gebaseerd op een publiekrechtelijke titel, zo besliste de Afdeling in Afd.R. 10.3.1978, AB 381, alsmede o.a. in Afd.R. 2.1.1979, AB 1980, 638 en Afd.R. 30.3.1979, AB 1980, 627.

De term publiekrechtelijke grondslag, waarmee hetzelfde wordt bedoeld, werd gehanteerd o.a. in Vz.Afd.R. 10.5.1983, AB 408 en Afd.R. 13.10.1983, AB 1984, 156.

Waarin kan deze publiekrechtelijke grondslag, behalve in wettelijke regelingen, worden gevonden? Achtereenvolgens worden onderzocht het ongeschreven recht, in het bijzonder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het beleid en tenslotte de publieke taak. Moet de publiekrechtelijke grondslag geschreven zijn? Tot nu toe lijkt de Afdeling niet bereid een ongeschreven grondslag voldoende te achten. Lijkt, omdat in geen enkele uitspraak met zoveel woorden de eis van een geschreven titel wordt gesteld. De suggestie om de 'égalité devant les charges publiques' de grondslag te laten zijn<sup>364</sup> of meer algemeen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur<sup>365</sup> moet worden afgewezen, omdat deze norm voor bestuurlijk handelen evenzeer ziet op handelen in de vorm van beschikkingen als anderszins. Daarbij valt te denken aan feitelijke handelingen en aan rechtshandelingen naar burgerlijk recht. Ook de gewone rechter beschouwt de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als recht (in de zin van artikel 99 Wet RO), al toetst hij niet aan alle beginselen direct. Deze beginselen kunnen met zich meebrengen dat een bepaald overheidsoptreden eerst dan rechtmatig is wanneer schadevergoeding wordt aangeboden (de zogenaamde Bregstein-constructie<sup>366</sup>). Scheltema<sup>367</sup> zal mij dan wel tegenwerpen dat het dan niet meer om schadevergoeding bij rechtmatige, maar bij *onrechtmatige* overheidsdaad gaat. Hier wreekt zich de terminologie van 'schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad' waarbij de daad op zichzelf rechtmatig zou zijn en het niet aanbieden van schadevergoeding niet. Geen enkele daad staat echter 'op zichzelf'. Het (niet) aanbieden van schadevergoeding maakt deel uit van de daad als geheel. Of schadevergoeding moet worden aangeboden wordt mede bepaald door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Maar dan zijn we bij de inhoudelijke beoordeling van het overheidshandelen aangeland en niet bij de typering ten behoeve van de competentieverdeling die in artikel 2 Wet Arob zijn kern vindt. Kortom, algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben niets van doen met de typering van overheidshandelen al dan niet als beschikking.<sup>368</sup>

Winter heeft de gedachte geopperd, dat uit het feit dat er verscheidene wettelijke regelingen bestaan met schadevergoedingsbepalingen en bestuursorganen zelf links en rechts het vergoeden van schade ook zonder zulke bepalingen als rechtsplicht ervaren een ongeschreven hoofdregel kan worden afgeleid, 'krachtens welke het bestuur is gehouden om compensatie te bieden indien een enkeling of een beperkte groep (het moet gaan om geconcentreerd nadeel), ten gevolge van bestuursoptreden (en nalaten) dat is ingegeven ter bevordering van het algemeen belang, nadeel lijdt of zal lijden dat redelijkerwijs niet of niet geheel ten laste van die enkeling of groep behoort te blijven'. Een dergelijke regel van ongeschreven recht kampt met hetzelfde euvel als het beginsel van de 'égalité'. Winter meent dit echter te kunnen opvangen door te stellen dat deze regel op sommige plaatsen is gepositieerd en daarmee een gemengd geschreven - ongeschreven grondslag vormt.<sup>369</sup>

'Indien de Afdeling erkent dat er een publiekrechtelijke bevoegdheid c.q. gehoudenheid bestaat om nadeel te compenseren behoeft een verwijzing naar de hiervoor bedoelde compensatieartikelen in "moderne" wetten haar mijns inziens voor het verwijt dat het bestaan van een publiekrechtelijke grondslag wordt aangenomen zonder dat van die grondslag blijkt uit geschreven recht.' Winter gaat dan toch voorbij aan het feit dat de Afdeling een concreet voor haar liggend besluit moet karakteriseren en dat besluit zou zelf een geschreven grondslag moeten hebben. Ik zie niet in hoe die grondslag dichterbij komt doordat andere min of meer gelijkende besluiten zo'n grondslag hebben. Het tegendeel kan ook worden beweerd: blijkbaar heeft de wetgever voor dit besluit zo'n grondslag (nog) niet willen scheppen.

Zou de grondslag voor beschikkingsbevoegdheid kunnen liggen in een geschreven stuk dat geen wettelijke bevoegdheidsbepalingen inhoudt, maar de neerslag van het te voeren beleid vormt? Die grondslag zou dan wel geschreven zijn maar kan het ook een grondslag voor beschikkingsbevoegdheid zijn?! Dit lijkt onmogelijk, want op deze manier zou een orgaan zich zo maar de bevoegdheid tot het nemen van beschikkingen kunnen aanmeten, zonder dat deze door de wet is toegekend, louter omdat de 'beschikking' in verband zou staan met een schriftelijk vastgelegd beleidsvoornemen. Dat de Afdeling niettemin deze kant wel eens zou kunnen opgaan bleek uit Afd.R. 13.3.1979, AB 1981, 6 (Haarlemse waterleiding). Nadat was vastgesteld, dat er noch een algemene regel noch een bijzondere bepaling inzake schadevergoeding was te vinden overwoog de Afdeling: 'Even-



min kan in dit geval het bestaan van een publiekrechtelijke titel voor het verstrekken van een vergoeding als door appellant is verzocht, worden aangenomen in verband met een door verweerders gehanteerde beleidslijn.'

In de kwestie Metrobouw Rotterdam (Afd.R. 14.5.1986, AB 568) heeft de Afdeling beslist dat het schriftelijk vastgelegde beleid grondslag voor een beschikking kan vormen. De instemming door de gemeenteraad met de beleidsnota van B & W is, aldus de Afdeling, een 'besluit . . . dat niet strekt tot vaststelling van een wettelijke regeling ter zake . . .' maar 'als inhoudende de vaststelling van het te voeren beleid met betrekking tot de vergoeding van bedrijfsschade geleden ten gevolge van de metrobouw in de gemeente Rotterdam'. Nadat is overwogen, dat de afwijzing van het verzoek tot schadevergoeding is 'gebaseerd op en een uitvloeisel van het te dezen vastgestelde beleid' komt de Afdeling tot de volgende conclusie: 'Gezien het vorenstaande berust het besluit van verweerder op een publiekrechtelijke grondslag en dient de afwijzing van het verzoek van appellanten te worden aangemerkt als een beschikking in de zin van artikel 2, eerste lid, van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen.'

De kogel is dus door de kerk, óók op het gebied van de schadevergoedingsbesluiten. Naast de nog te behandelen eveneens dubieuze grondslagen als de publieke taak en zeer algemene, of er met de haren bijgesleepte wetsbepalingen, kan dus ook het beleid blijkbaar de publiekrechtelijke grondslag voor beschikkingen vormen. Het commentaar hierop kan parallel lopen aan dat op de gedachte dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zo'n grondslag zouden kunnen vormen: beleid heeft iets met de inhoud en derhalve met de rechtmatigheid van bestuurshandelingen te maken, niet met hun typering als rechtshandeling naar publiek- of privaatrecht. Ook rechtshandelingen naar burgerlijk recht kunnen tenslotte in een sterk beleidsmatig kader worden verricht.

Hoewel daar in andere gevallen door de Arob-rechter anders over wordt gedacht blijkt de publieke taak bij schadevergoedingsbesluiten geen reden te vormen er beschikkingen in te zien.

'Het enkele feit, dat de schade beweerdelijk het gevolg is van een onjuiste wijze van uitoefening van een publiekrechtelijke taak, kan in deze niet beslissend worden geacht.' (Zie onder meer Vz.Afd.R. 28.3.1978, Gem.stem 6510, 5, Afd.R. 30.3.1979, AB 1980, 627 en Afd.R. 20.10.1981, Gem.stem 6722, 4.)

De huidige jurisprudentie leidt er toe dat schadevergoedingsbesluiten nu eens bij de gewone, dan weer bij de Arob-rechter ter tafel komen. Schadevergoeding staat nooit op zichzelf maar is gekoppeld aan de schadetoebrengende activiteit. Wanneer die activiteit een beschikking is en geen schadevergoedingsregeling bestaat met een bijzondere rechtsgang, beoordeelt de Afdeling (tenzij een andere beroepsgang tegen de beschikking openstaat natuurlijk) de beschikking en de schadevergoedingsvraag. Is die activiteit geen beschikking, dan beoordeelt de Afdeling niet de schadetoebrengende activiteit en soms de schadevergoedingsvraag, namelijk wanneer er een wettelijke schadevergoedingsregeling is die geen bijzondere beroepsgang kent.<sup>370</sup>

Men kan met recht de vraag stellen hoe schadevergoedingsbesluiten die niet op een wettelijke regeling zijn gebaseerd anders dan als beschikkingen zijn te typeren. Is er geen sprake van een vergoeding wegens onrechtmatige daad en ook niet van schenking omdat, juist als bij subsidies, een element van vrijgevigheid ontbreekt, hoe kan men dan nog aan een publiekrechtelijke typering ontkomen?

Of men acht de overheid onbevoegd dergelijke vergoedingen toe te kennen, maar wie zou dat nog durven beweren na alle jurisprudentie over de vergoedingsplicht die het ongeschreven recht met zich kan meebrengen, of men acht de overheid bevoegd. Is er geen privaatrechtelijke titel voor die bevoegdheid dan blijft er maar één mogelijkheid en wel dezelfde als bij subsidies; de algemene bepalingen inzake de bestuursbevoegdheid en in het bijzonder de bevoegdheid tot het doen van uitgaven vormen de publiekrechtelijke grondslag voor besluiten tot het doen van schade-uitkeringen.<sup>371</sup> Ofschoon deze titel zeer algemeen luidt is hij beter in de rest van de Arob-jurisprudentie te passen dan de titel die de Afdeling hanteert, namelijk het beleid. Het beleid en de algemene beginselen zeggen iets over de vraag of een vergoeding moet worden toegekend, over de gebondenheid dus van de bevoegdheid, niet over de bevoegdheid zelf. Om over die gebondenheid in een bepaald geval een uitspraak te kunnen doen zal de Arob-rechter eerst een beschikking moeten aannemen.

### **4.3 Het publieke taak criterium**

#### **4.3.1 *Inleiding***

Waar de Arob-rechter geen geschreven publiekrechtelijke titel voor beschikkingsbevoegdheid vindt, dan wel deze titel onvoldoende acht

om een dergelijke bevoegdheid op te baseren gebruikt hij soms de publieke taak - ook wel aangeduid als publieke overheidstaak - of publiekrechtelijke taak - als grondslag. In het bijzonder, maar niet alleen daar, en al in het begin van de Arob-jurisprudentie, speelde artikel 209, aanhef en onder h gemeentewet daarbij een belangrijke rol. Volgens velen géén grondslag voor beschikkingsbevoegdheid, volgens de Afdeling schijnbaar niet een voldoende grondslag, omdat hij steeds in combinatie met de taakgrondslag werd opgevoerd. Zeer sterk de aandacht trokken uitspraken inzake het zogenaamde uitwegvergunningstelsel. Hierbij speelt artikel 209 gemeentewet een belangrijke rol.

Om deze reden wordt in het volgende eerst een uiteenzetting gegeven over de betekenis van dit artikel, in het bijzonder de aanhef en onder h. In aansluiting daarop wordt onderzocht waarop de Afdeling haar bevoegdheid baseert bij besluiten in het kader van het uitwegvergunningstelsel.

Daarna volgt een meer algemene beschouwing over de publieke taak als grondslag voor beschikkingsbevoegdheid. Daarbij zal een overzicht worden gegeven van de gevallen waarin en in hoeverre de publieke taak als grondslag fungeert. Tevens wordt het idee dat de publieke taak grondslag voor beschikkingsbevoegdheid zou kunnen zijn gekritiseerd. Het aantal gepubliceerde uitspraken waarin deze grondslag wordt gebruikt is beperkt en lijkt niet veel meer te groeien. Vanwege de principiële betekenis ervan zal aan dit onderwerp toch ruime aandacht worden gegeven.

#### *4.3.2 Artikel 209, aanhef en onder h gemeentewet*

In § 4.2 is uiteengezet dat voor de Afdeling rechtspraak het vereiste van een geschreven publiekrechtelijke grondslag voor beschikkingsbevoegdheid zwaar weegt.

Wordt artikel 209, in het bijzonder aanhef en onder h, gemeentewet door de Arob-rechter als een dergelijke grondslag gezien? De meest duidelijke uitspraak met een bevestigend antwoord is Vz.Afd.R. 16.8.1977, tB/S V, p. 116 (afrastering Simpelveld), waarin de voorzitter het beschikkingskarakter van de aanschrijving tot verwijdering van een op de openbare weg geplaatste afrastering uitsluitend op dit artikel baseert. 'Ingevolge het bepaalde in artikel 209, aanhef en onder h, der gemeentewet rust op verweerders een publieke beheers- en onderhoudstaak met betrekking tot zulke grond (openbare weg, F.M.), welke taak niet afhankelijk is van noch wordt bepaald door de

eigendomsverhouding met betrekking tot die grond.

Voor zover de aanschrijving er toe strekt dat ook dit deel van de af-rastering wordt verwijderd, draagt het betreffende besluit in overwe-gende mate een publiekrechtelijk karakter zodat het als een beschik-king in de zin van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbe-schikkingen kan worden aangemerkt.<sup>372</sup>

De Afdeling echter heeft nimmer artikel 209, aanhef en onder h als grondslag voldoende geacht. Waar dit artikel wordt gebruikt blijkt de grondslag altijd een samengestelde te zijn, waarin artikel 209 een ele-ment is. Zo werd in de uitspraak over de Groningse waterleidingbui-zen (Afd.R. 1.12.1977, AB 1978, 208) naast dit artikel als elementen opgevoerd de artikelen 23 en volgende van de APV, de artikelen 15 en volgende van de Wegenwet alsmede het door B & W 'gevoerde be-leid in het kader van de op hen als overheidsorgaan rustende taak'. Bij de uitwegvergunning De Bilt werd de tekst van artikel 209, aanhef en onder h, wel gebruikt bij het formuleren van de grondslag zonder het artikel met zoveel woorden te noemen, maar werd de vigerende Bijdrageregeling als primaire grondslag beschouwd. (Afd.R. 8.6.1978, Gem.stem 6514,8).

Bij de uitwegkwestie Laren speelde geen Bijdrageregeling en werden naast het nu wel genoemde artikel 209, aanhef en onder h gemeentewet de artikelen 15 en volgende van de Wegenwet mede als onderdeel van de grondslag voor beschikkingsbevoegdheid aangemerkt. (Afd.R. 28.2.1980, AB 526). Idem de uitwegtoestemming Dene-kamp. (Afd.R. 26.7.1984, tB/S III, 546).

Op de merites van de artikelen 15 en volgende van de Wegenwet en de overheidstaak als grondslagen, of onderdelen daarvan, wordt hier-na ingegaan. Beperken we ons eerst tot artikel 209 gemeentewet. De Afdeling vindt het blijkaar te ver gaan om beschikkingsbevoegdheid uitsluitend op dit artikel te baseren. Dit gegeven vindt een zekere be-vestiging in de voorzittersuitspraak van 24.8.1978, tB/S VII, 55, waarin de voorzitter te kennen geeft dat beschikkingen op basis van artikel 209, aanhef en onder h gemeentewet niet door middel van be-stuursdwang kracht bij mogen worden gezet, want een redelijke uit-leg van de artikelen 152 en 210 gemeentewet 'brengt met zich dat de daarin gegeven bevoegdheid niet kan worden geacht zover te strek-ken dat daarvan ook gebruik zou kunnen worden gemaakt ter uitvoe-ring van bepalingen die, zoals artikel 209, onder h van de gemeentewet en artikel 16 van de Wegenwet, slechts de bedoeling hebben bui-ten twijfel te stellen welke taken aan de onderscheidene bestuursorga-nen of bestuurslichamen ter vervulling zijn opgedragen'.

Dat artikel 209, aanhef en onder h gemeentewet geen betekenis kan hebben voor bestuursdwangbevoegdheid volgt uit het feit dat deze bepaling zich niet leent voor handelen van burgers in strijd met die bepaling en de omstandigheid dat het hier geen medebewindswet betreft ter uitvoering waarvan B & W zouden handelen.

Wat is echter de betekenis van een beschikking, met name één waarbij een plicht wordt opgelegd of een recht geweigerd, die niet kan worden gesanctioneerd?

Wat is, om een voorbeeld te noemen, er de zin van de weigering toestemming tot uitweg te verlenen publiekrechtelijk te benaderen en als beschikking te zien wanneer het uitwegen zonder die toestemming niet publiekrechtelijk kan worden tegengegaan? Op de uitwegproblematiek wordt in § 4.3.3 teruggekommen.

Welke waarde moet nu worden gehecht aan het noemen van artikel 209 als element van een samengestelde grondslag? Uit de hiervoor aangehaalde woorden van de voorzitter zou kunnen blijken dat het hier niet om een wezenlijk bestanddeel van de grondslag gaat: artikel 209 heeft slechts de bedoeling een taakverdeling aan te geven. Voor een evenwichtig antwoord is het echter ook van belang de andere elementen te bekijken.

Waar bij het uitwegen de artikelen 15 en volgende van de Wegenwet worden genoemd kan men dit geen versterking noemen. Zoals ook Borman al opmerkte kan men deze bepalingen inzake het onderhoud niet in verband brengen met het uitwegen.<sup>373</sup>

Ook de publieke taak (zie uitgebreid § 4.3.4) kan in al zijn vaagheid bezwaarlijk als grondslag worden beschouwd en biedt als grondslag hoe dan ook in zijn algemeenheid niet méér dan de in artikel 209, aanhef en onder h wettelijk omschreven taak.

Bij deze twee grondslag-elementen steekt artikel 209 gemeentewet niet ongunstig af, zou men kunnen zeggen. Het lijkt er daarom op dat de Afdeling artikel 209, aanhef en onder h, evenals haar voorzitter in de Simpelveld-casus, wel als grondslag voor beschikkingsbevoegdheid ziet, maar zich, bewust van de theoretische bezwaren daartegen, er voor hoedt dit met zoveel woorden te zeggen. Haar standpunt inzake dit artikel wordt versluierd door andere, minstens zo dubieuze, grondslag-elementen toe te voegen. De Afdeling zal wel menen dat een geheel van twee of drie elementen, elk voor zich niet bevoegdheidsverschaffend, meer is dan de som der delen. Op die manier kan elk besluit tot beschikking worden omgetoverd. Veel overtuigingskracht zou een dergelijke mening dan ook niet kunnen worden toegedicht.

Het wordt tijd eens wat dieper in te gaan op de betekenis van artikel 209, aanhef onder h gemeentewet, los van de jurisprudentie van de Arob-rechter zoals die hiervoor is weergegeven. Op die jurisprudentie wordt dan straks in concluderende zin nog teruggekomen.

De artikelen 167 en 209 gemeentewet geven samen een globale taakverdeling tussen raad, B & W en - in zeer algemene zin - de burgemeester. Deze taak betreft regeling en bestuur van de huishouding der gemeente.<sup>374</sup> Waar artikel 167 een algemene formule bevat, vult artikel 209 het taakgebied van B & W, het algemeen dagelijks bestuur, concreet in (zoals enkele andere wetsbepalingen dat voor de burgemeester doen).<sup>375</sup>

De Memorie van Toelichting meldt hieromtrent: 'Hetgeen onder dagelijksch bestuur is te verstaan werd anders ligt een twistappel'.<sup>376</sup> Daarom werd de opsomming van taken ook limitatief gemaakt, omdat anders 'bij menig onderwerp tusschen de Raad en het collegie van Burgemeester en Wethouders conflicten van attributie geboren werden, die moeilijkelijk zouden te beslechten zijn'.<sup>377</sup>

Tot het uitvoeren van de taak van elk van de ambten behoort het verrichten van rechtshandelingen - regelgeving, het nemen van beschikkingen - bij het dagelijks bestuur in het bijzonder ook het nemen van besluiten tot het (doen) verrichten van feitelijke handelingen. Bij het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen vertegenwoordigt de burgemeester de gemeente. Het algemeen dagelijks bestuur van artikel 209 ziet zowel op rechtshandelingen als feitelijke handelingen, men hoeft het bepaalde onder de letters a tot en met u maar na te lezen. Dit dagelijks bestuur wordt aan B & W opgedragen. Dit betekent tweemaal: het verschaffen van concrete bevoegdheden, zoals het benoemen en ontslaan van bepaalde ambtenaren, het beslissen over bepaalde geschillen, en het opleggen van verplichtingen, zoals die, bedoeld onder de letter h.<sup>378</sup> Willen B & W aan die verplichting kunnen voldoen dan moeten zij uiteraard de bevoegdheid hebben die dingen te doen die voor een goede plichtsvervulling noodzakelijk zijn. Hier raken we het essentiële punt: verschaft artikel 209, aanhef en onder h óók bevoegdheden of legt het alleen een zorgplicht op?

Voor elk handelen zal de overheid een bevoegdheid moeten hebben. Wanneer de zorg betreft gemeente-eigendom, of hoe dan ook privaatrechtelijke handelingen inhoudt ten aanzien van het betreffende zorgobject, dan ontstaat de bevoegdheid tot dergelijk handelen uit privaatrechtelijke bron als eigendom of overeenkomst.<sup>379</sup>

Wanneer er een specifieke publiekrechtelijke grondslag is dan is er

ook geen probleem. Maar zou artikel 209 de bevoegdheid geven tot beheersdaden, waarvoor géén specifieke publiekrechtelijke grondslag bestaat, ten aanzien van objecten die geen gemeente-eigendom zijn? Neen, want artikel 209 geeft slechts aan *dat* een beheerstaak moet worden verricht en niet hoe en zegt ook niet dat voor het inbreuk maken op rechten van anderen geen specifieke bevoegdheidsgrondslag zou moeten bestaan. In zoverre kan ik mij dan ook vinden in de opvatting dat artikel 209 als taakartikel en niet als bevoegdheidsartikel moet worden gezien.<sup>380</sup> Dergelijke gemakshalve gebruikte aanduidingen zijn echter gevaarlijk. Want artikel 209, óók aanhef en onder h, is hoe dan ook bevoegdheidsartikel waar het de bevoegdheid tot het uitoefenen van een taak geeft aan B & W. Zij *moeten* niet alleen die taak uitoefenen, zij zijn ook bij uitsluiting van anderen daartoe gerechtigd. Waar het echter in dezen vooral om gaat is of B & W specifieke bevoegdheden hebben tot het verrichten van rechtshandelingen en of zij die bevoegdheden aan artikel 209, aanhef en onder h kunnen ontleenen. Met andere woorden: of dit artikel ook in deze zin als bevoegdheidsartikel kan gelden. Ik zou artikel 209, aanhef en onder h in zekere zin als een bevoegdheidsgrondslag willen beschouwen, zij het een zeer algemene.<sup>381</sup> Met name de aanhef is daarvoor van belang: deze maakt B & W en geen ander bevoegd het (algemene) dagelijks bestuur te verrichten. Het dagelijks bestuur is een taak die, zoals gezegd, bestaat uit het verrichten van feitelijke en rechtshandelingen. Bij de uitvoering van die taak dienen B & W te blijven binnen de grenzen van geschreven en ongeschreven recht, ook binnen die van het eigendomsrecht wanneer dit niet wordt doorbroken door specifieke wettelijke bepalingen. In de praktijk komt dit er op neer dat de algemene bevoegdheidsverschaffing van artikel 209, onder h niets toevoegt aan de eigendomsbevoegdheid en gegeven specifieke publiekrechtelijke bevoegdheden. Het is daarom ook niet juist om, zoals De Goede doet, te menen dat het baseren van beschikkingen op artikel 209, onder h de overheid een blanco visitekaartje geeft.<sup>382</sup>

De rechtmatigheidsgrenzen voor het handelen van de overheid blijven minimaal wat ze waren, ze worden eerder enger in de mate waarin het publiekrecht de overheid met strengere normen benadert dan het privaatrecht. Het enige wat de Afdeling heeft gedaan is het veranderen van de kwalificatie van het handelen op basis van artikel 209, onder h van louter privaatrechtelijk in gemengd privaats-publiekrechtelijk. Waar het eigendomsrecht reeds de bevoegdheid geeft tot het verrichten van rechtshandelingen naar burgerlijk recht geeft artikel 209 aan deze bevoegdheid mede een publiekrechtelijk karakter, dat vol-

gens de Afdeling zelfs overheerst. Daarom kan een beschikking worden aangenomen.<sup>383</sup>

In die zin kan dan ook met de koers van de Afdeling worden ingestemd. Zij doet echter afbreuk aan deze redenering door artikel 209 te laten vergezellen van uiterst dubieuze grondslag-elementen. Daarbij is beslist een probleem dat beschikkingen op basis van artikel 209, onder h niet met bestuursdwang kunnen worden gehandhaafd. Niettemin is het van groot praktisch belang dat de Afdeling deze weg is ingeslagen, zoals in de volgende paragraaf nog zal blijken. Die gaat over het uitwegvergunningstelsel en het is in het bijzonder daar dat artikel 209 gemeentewet een rol speelt.

#### 4.3.3 *De uitwegvergunning en -heffing*

Voor het bouwrijp maken van grond, hetgeen veelal door gemeenten wordt gedaan, is veel geld nodig. Er zijn diverse methoden ontwikkeld om de kosten hiervan te verhalen op burgers, in het bijzonder diegenen die meer of minder direct profiteren van deze activiteit.

Eén manier is het hanteren van een uitwegvergunningstelsel. Dit stelsel komt heel in het kort op het volgende neer. Het is volgens artikel 47 Woningwet verboden te bouwen zonder vergunning van B & W. Artikel 48 Woningwet geeft vervolgens aan dat de vergunning mag en moet worden geweigerd onder andere wanneer het bouwwerk niet 'voldoet' aan de bouwverordening. Vele gemeenten hebben in het verleden een bepaling in hun bouwverordening opgenomen, inhoudende een verbod te bouwen op terreinen die niet grenzen aan een openbare weg die aan zekere eisen voldoet (artikel 37 j° 290 Modelbouwverordening) en vanuit het gebouwde bereikbaar is (de uitweg).<sup>384</sup> Sommige gemeenten nu hebben in de bouwverordening bovendien geëist, dat de bouwer voor het uitwegen op de betreffende weg een vergunning van B & W nodig heeft. Om een bouwvergunning te kunnen krijgen moet men dus ook een uitwegvergunning hebben: wanneer men niet mag uitwegen voldoet men immers niet aan de eisen van de bouwverordening. Voor het verlenen van zo'n uitwegvergunning werd geld gevraagd van de aspirant-bouwer teneinde (een deel van) de kosten voor de grondexploitatie te kunnen verhalen. Het kunnen opleggen van deze betalingsplicht, waarvan de omvang meestal kan worden berekend aan de hand van een 'Bijdrageregeling ontsluiting particulier bouwterrein' of iets dergelijks, vloeide volgens de gemeenten voort uit het eigendomsrecht van de weg waarop zou worden uitgeweegd. Deze visie is door de Hoge Raad bekrachtigd in het overbe-



kende arrest Hoogeloon (HR 2.2.1966, NJ 415), doch door de Afdeling rechtspraak afgewezen in de uitspraak Maastricht (Afd.R. 1.9.1977, AB 366). Recent heeft de Hoge Raad zich in het arrest Heesch/Van de Akker akkoord verklaard met de zienswijze van de Afdeling (HR 16.5.1986, RvdW 109, AB 573).

Over de problemen van de gemeenten inzake de grondexploitatie, alsmede de verhaalsmogelijkheden en de juridische merites daarvan, zal hier niet worden gesproken. Voor de vraag naar de afgrenzing beschikking - rechtshandeling naar burgerlijk recht zijn deze punten immers niet van belang.

Wel van belang is een goed beeld te krijgen van wat een gemeentebezuur nu eigenlijk doet wanneer het van iemand geld vraagt ter verkrijging van een uitweg- respectievelijk bouwvergunning. Is hier sprake van een optreden als eigenaar, bevoegd krachtens burgerlijk recht, door B & W namens de rechtspersoon gemeente, dan wel het verbinden van een voorwaarde aan een beschikking door het ambt B & W, daartoe bevoegd gemaakt door een publiekrechtelijke regeling?

De Hoge Raad ging in 1966 (Hoogeloon)<sup>385</sup> uit van de stelling dat de eigenaar van een weg niet hoeft te dulden dat anderen daarop uitwegen, ook niet wanneer het de gemeente is die de eigendom van een weg heeft. Op de rechtspersoon gemeente is het privaatrecht immers van toepassing. Artikel 14 Wegenwet, dat de rechthebbende enige beperkingen oplegt, gaat niet over uitwegen zelf, maar - voor zover ter zake - over de duldigheid van de uitvoering van werken vereist voor de aansluiting van wegen, aldus de Hoge Raad. De wetsgeschiedenis, uitvoerig beschreven door Hennekens<sup>386</sup>, stelt de Hoge Raad op dit punt in het gelijk (ondanks het beroep van de Afdeling rechtspraak op diezelfde wetsgeschiedenis!). Het bestaan destijds van tolwegen maakt het ook voor de hand liggend het uitwegen als iets ook juridisch geheel anders te beschouwen dan het zich op de weg verplaatsen in de lengterichting van de weg. Een weg verandert natuurlijk ook van karakter wanneer er allerlei zijwegen gemaakt worden met het verkeer waarvan door de gebruikers van de 'hoofdweg' moet worden rekening gehouden. Dit zal voor de beheerder van de weg ook het nemen van verkeersmaatregelen en de daaraan verbonden kosten met zich meebrengen. Hennekens heeft in dit verband een pleidooi gehouden om aan de functie van de weg doorslaggevende betekenis toe te kennen bij de vraag naar de geoorloofdheid om iemand een uitweg te weigeren.<sup>387</sup>

De Afdeling meent dat het onlogisch is (niet de bedoeling van de wet-

gever kan zijn geweest) dat wel de uitvoering van werken ten behoeve van een uitweg zou moeten worden gedoogd, maar niet het uitwegen zelf. De Hoge Raad 'antwoordt' daarop: verbieden zonder meer kan men dit uitwegen niet, maar men hoeft niet toe te staan dat het 'vrijelijk' gebeurt. Er kunnen dus voorwaarden aan worden verbonden. (N.B. Het gaat hier om uitwegen door een particulier vanaf zijn eigen grond. Anders ligt het wanneer ook de grond waarop een aan te leggen uitweg zou komen eigendom van de gemeente is. Dan is er louter optreden als eigenaar zijdens de overheid. (Afd.R. 28.3.1981, tB/S V, 222)).

Hoe komt de Afdeling er nu toe uitspraken in dit soort geschillen te doen? Welk besluit moet als beschikking worden beschouwd?

Er doen zich twee soorten gevallen voor. Soms wordt de toestemming voor het gebruiken van een uitweg geweigerd zonder meer, in andere gevallen wordt aan de toestemming (veelal vergunning genoemd) een financiële voorwaarde verbonden (door de Afdeling heffing genoemd). De eerste situatie treffen we aan in de uitspraken Laren (Afd.R. 28.2.1980, AB 526, Gem.stem 6625, 8, tB/S V, 166, NG 1980, p. S.147) en Denekamp (Afd.R. 26.7.1984, tB/S III, 546). De grondslag voor de beschikkingsbevoegdheid wordt daar gevormd door artikel 209, aanhef en onder h gemeentewet en de artikelen 15 en volgende van de Wegenwet. Noch in Laren, noch in Denekamp was sprake van een raadsverordening waarop B & W hun besluit konden baseren.

Een andere situatie doet zich voor wanneer er een bijdrage wordt gevraagd voor het uitwegen, doorgaans aan de hand van een Bijdrage-regeling ontsluiting particulier bouwterrein. (Zie Afd.R. 1.9.1977, AB 366, Maastricht en Afd.R. 8.6.1978, Gem.stem 6514, 8, De Bilt). Omdat dergelijke bijdrageregelingen naar het oordeel van de Afdeling onverbindend zijn, wegens strijd met artikel 14 Wegenwet, zijn de daarop gebaseerde heffingen in strijd met de wet. Strikt genomen kan hier moeilijk van een heffing worden gesproken omdat de bijdrage een voorwaarde voor toestemming vormt. Men kan er dus voor kiezen niet uit te wegen, dan hoeft men ook niet te betalen. Praktisch gesproken zal men vaak niet anders kunnen en dan komt het vragen van een bijdrage materieel wel op een heffing neer.

Terug nu naar de eerste situatie: er is geen bijdrageregeling, er wordt ook geen bijdrage gevraagd, er wordt 'slechts' geweigerd toestemming voor het uitwegen te geven. Is ook een dergelijke beslissing al-

tijd in strijd met artikel 14 Wegenwet?

Blijkens de uitspraak Denekamp<sup>388</sup> niet zonder meer: het verlenen van een uitweg mag worden geweigerd 'indien duidelijk vast staat dat verweerders hun plicht tot bescherming van de belangen die met de in bedoelde wettelijke voorschriften vervatte zorgplicht voor openbare wegen zijn gemoeid, niet meer op afdoende wijze kunnen vervullen'. Staat dit vast dan mag de uitweg worden geweigerd. Voor de effectuering van die weigering mag echter geen bestuursdwang worden toegepast! Daarvoor zal het gemeentebestuur zich dan van feitelijke handelingen (paaltjes slaan e.d.) moeten bedienen die dan weer bij de burgerlijke rechter kunnen worden aangevochten. Gelet op Heesch/Van de Akker vermoedelijk met succes. Zeker na dit arrest kan worden gesteld dat de Afdeling de uitwegvergunning bijna tot een onmogelijkheid heeft gemaakt. Dat zij haar belangrijke oordeel over de betekenis van artikel 14 Wegenwet heeft kunnen geven was eerst mogelijk na een interpretatie van artikel 209, aanhef en onder h gemeentewet als niet alleen taakverdelend maar tevens bevoegdheidverschaffend artikel.

#### 4.3.4 *De publieke taak als grondslag voor beschikkingsbevoegdheid*

Van historisch belang voor dit onderwerp is de uitspraak over de Groningse waterleidingbuizen (Afd.R. 1.12.1977, AB 1978, 208), inzake de weigering toestemming te verlenen voor het leggen van waterleidingen, in het bijzonder het maken van huisaansluitingen, in aan de gemeente Groningen in eigendom toebehorende grond. Niet het begrip bevoegdheid - een bij uitstek juridisch begrip - maar het begrip taak - een bij uitstek bestuurskundig begrip - staat daarin centraal.<sup>389</sup> In deze uitspraak heet het dat 'het bestuur dezer gemeente tevens krachtens haar algemene publieke bestuurstaak is belast met de zorg deze (plaatsen, F.M.) zo goed mogelijk aan hun openbare bestemming te doen beantwoorden'.

De Afdeling merkt vervolgens op dat B & W 'het ten deze bevoegde gemeentelijke bestuursorgaan zijn'. Tenslotte nog twee belangrijke overwegingen: 'Naast de hiervoor gereleveerde algemene bestuurstaak van het gemeentebestuur, gelden zijn bijzondere verplichtingen voortvloeiend uit de artt. 15 e.v. Wegenwet en de artt. 23 e.v. APV der gemeente Groningen. De aangevochten besluiten maken voorts in overwegende mate deel uit van het door verweerders gevoerde beleid in het kader van de op hen als overheidsorgaan rustende taak.'

Het is nuttig aan deze uitspraak opnieuw aandacht te schenken. Om te beginnen dit: in de casus van de Groningse waterleiding kon de bevoegdheid van B & W - mede - gebaseerd worden op de APV die het graven zonder vergunning verbood.<sup>390</sup> Het lijkt echter duidelijk dat de Afdeling zich voor haar bevoegdheid in dit soort aangelegenheden niet afhankelijk heeft willen maken van het bestaan van een dergelijke APV-bepaling. Moge het zo zijn, dat ten aanzien van het graven in openbare grond doorgaans wel een vergunning nodig zal zijn, bij andere beslissingen in het kader van artikel 209 gemeentewet is dit vermoedelijk niet steeds het geval. Ook voor die situaties heeft de Afdeling zo schijnt het, een 'beschikkingsconstructie' willen geven. Primair immers in haar uitspraak staat de gedachte dat het gemeentebestuur ten deze een algemene bestuurstaak heeft te behartigen, omschreven in artikel 209 gemeentewet. Secundair worden enkele bijzondere wettelijke plichten genoemd. Tertiair - als een overweging ten overvloede, maar daarom voor het begrip van het rechterlijk 'beleid' zo van belang - wordt als basis voor het aannemen van een beschikking het beleid genoemd, dat in het kader van de publieke taak wordt gevoerd.

Een opmerkelijke uitspraak inzake de taak-idee is voorts Wnd.Vz.Afd.R. 3.9.1979, AB 1980, 35, tB/S V, 137 (Eindhovens slachthuis). In de gemeente Eindhoven vigeerde een Verordening op de keuringsdienst van slachtdieren en van vlees, welke behoudens enkele uitzonderingen verbood te slachten elders dan in het gemeentelijke slachthuis (het enige slachthuis in Eindhoven). Van een der gebruikers wordt de vergunning tot gebruik van het slachthuis ingetrokken. Tevens worden verdere diensten geweigerd indien niet voor een bepaalde datum aan lopende financiële verplichtingen wordt voldaan. De betreffende verordening, althans het kernartikel (artikel 3), is volgens de waarnemend voorzitter gebaseerd op een inmiddels vervallen artikel van de Vleeskeuringswet. Het is daarom twijfelachtig, aldus de waarnemend voorzitter, of dit artikel (3) nog rechtskracht heeft. Wanneer dit artikel zelf geen rechtskracht heeft is het wellicht ook twijfelachtig of de op de verordening gebaseerde sancties rechtskracht hebben. B & W echter baseerden hun sancties op de Verordening op het gebruik van het gemeenteslachthuis te Eindhoven - en daarvan toevalligerwijze ook artikel 3 -. Deze 'verordening' werd van gemeentezijde als privaatrechtelijke gebruikersregeling voorgesteld. Het gaat om voorwaarden die aan gebruikers van het slachthuis worden gesteld en sancties bij het niet nakomen van in die voorwaarden

opgenomen verplichtingen. Daarmee heeft noch de Vleeskeuringswet, noch de voorheen daarop gebaseerde Verordening op de keuringsdienst van slachtdieren en van vlees iets van doen. Waar de rechter de rechtskracht van deze verordening twijfelachtig noemt is het trouwens ook niet erg aannemelijk de sancties niettemin als gebaseerd op die verordening te beschouwen! Met voorbijgaan aan de visie van B & W nam de Arob-rechter hier een beschikking aan omdat 'de gemeente, in het kader van de Vleeskeuringswet, . . ., zich tot taak is blijven rekenen om een openbaar slachthuis te exploiteren. Bovendien wordt in de gem. Eindhoven geen ander slachthuis geëxploiteerd'.

Nu draagt de Vleeskeuringswet de gemeenten niet op om slachthuizen te exploiteren, dus de zinsnede 'in het kader van de Vleeskeuringswet' is slechts lippendienst aan het uitgangspunt van de geschreven bevoegdheidsgrondslag. Ook particulieren kunnen slachthuizen exploiteren en slachten kan ook elders dan in slachthuizen, mits in inrichtingen die aan wettelijk gestelde eisen voldoen (artikel 19, lid 3 j° lid 1 Vleeskeuringswet).

Duidelijker dan in het Groningse geval wordt de taak, die door de rechter als overheidstaak wordt gezien, als grondslag beschouwd voor beschikkingsbevoegdheid. De opmerking over het gemeentelijk slachthuis-monopolie benadrukt dat hier niet naar juridische grondslagen, maar naar de feitelijke situatie wordt gekeken. De Afdeling nam in de beroepszaak ook een beschikking aan, in hoofdzaak omdat de verordening 'ziet op het in het leven roepen van een gebruiksregime voor dat slachthuis met het oog op de bescherming van algemene belangen, zoals dat der hygiëne bij het slachten'. (Afd.R. 9.7.1981, tB/S V, 237). Een andere formulering voor hetzelfde taak-idee.

Een bekende uitspraak in dit verband is Afd.R. 18.9.1980, AB 1981, 148 over de Rotterdamse parkeerverordening. Hierin is ook het meest duidelijk verwoord, dat de publieke taak als zodanig, los van een geschreven publiekrechtelijke titel, de grondslag van beschikkingsbevoegdheid kan zijn. Ik laat daarom een nogal lang citaat volgen:

'Daargelaten, dat de verordening ter zake van zodanige beschikkingen geen voorschriften bevat en ook overigens geen publiekrechtelijk voorschrift is aan te wijzen, waarin een dergelijke beschikking haar grondslag vindt, is het blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet Arob voor het aanwezig achten van een beschikking in de zin van deze wet evenwel niet vereist, dat enig bijzonder staats- of administratiefrechtelijk voorschrift kan worden aangewezen als grondslag voor het aangevochten besluit, mits dat besluit is

genomen in het kader van de uitvoering van een publiekrechtelijke taak. Weliswaar heeft voornoemde beschikking van 12 aug. 1977 betrekking op het in gebruik geven als parkeerterrein van grond welke aan de gem. Rotterdam toebehoort, doch voor de beantwoording van de vraag of hier sprake is van een beschikking in evenbedoelde zin, is het tevens van belang dat verweerders genoemde beschikking hebben gegeven ten einde grond beschikbaar te krijgen voor het plaatsen van wisselwoningen ten behoeve van een stadsvernieuwingsproject en om voldoende parkeerruimte te behouden voor bewoners uit de omgeving. Aangezien, zoals uit het vorenstaande blijkt, de beschikking van 12 aug. 1977 is gegeven ter uitvoering van publiekrechtelijke taken waarmee verweerders zijn belast, moet worden geoordeeld dat deze beschikking mede inhoudt een rechtshandeling, welke op andere dan burgerrechtelijke rechtsgevolgen is gericht, en derhalve een beschikking in de zin van de Wet Arob behelst.'

Ook hier weer de combinatie van een privaatrechtelijk en een publiekrechtelijk element, als twee kanten van hetzelfde besluit. De publiekrechtelijke zijde wordt uitsluitend en uitdrukkelijk gemotiveerd met het bestaan van een taak van de overheid. Een 'publiekrechtelijke' taak nog wel, wat dat dan ook zijn moge. Gelet op de bestuurskundige lading van het begrip taak zou men eerder aan 'publieke taak' denken. Of is opzettelijk voor 'publiekrechtelijk' gekozen om aan te geven dat de taak als zodanig door een wetgever moet zijn opgedragen (zoals Scheltema aangeeft in zijn noot onder Afd.R. 1.12.1977, AB 1978, 208). Is het echter realistisch om in dit opzicht - het wel of niet aannemen van een beschikking - een onderscheid te maken tussen taken die de overheid vervult die wel en die niet (specifiek) in een wet zijn genoemd? En zijn niet alle taken die de overheid vervult uiteindelijk wel op een of andere al dan niet vage wetsbepaling te baseren? En zijn niet alle taken die de overheid vervult in zekere zin als overheidstaken te beschouwen en zo nee welke dan wel, welke niet en waarom? 'De gemeenten vinden simpelweg dat zij ter behartiging van de aan haar zorg toevertrouwde openbare belangen moeten doen wat haar hand vindt om te doen', zo stelde Borman in zijn NJV-pleadvis.<sup>391</sup> Zo algemeen ligt het ook naar mijn idee.

Heel uitdrukkelijk werd de taak ook tot grondslag voor beschikkingsbevoegdheid genomen in Afd.R. 24.5.1984, tB/S V, 345 inzake het toekennen van een vaarplichtbeloning. Nog een betrekkelijk recent voorbeeld biedt Vz.Afd.R. 22.6.1984, AB 539. Het besluit waarbij een woningzoekende een bepaald rangnummer krijgt heeft weliswaar

geen wettelijke basis maar houdt 'zozeer verband met de toepassing van art. 1 Woonruimtetwet 1947 dat daaraan het karakter van een beschikking in de zin van de Wet Arob niet kan worden ontzegd'. Dit verband werd eerder in de uitspraak aangegeven in een 'taak-overweging': 'Het bepalen van de rangorde tussen de onderscheiden gegadigden voor een woning, voor het betrekken waarvan een woonruimtevergunning is vereist, heeft alles te maken met de op verweerders rustende taak zorg te dragen voor een doelmatige en rechtvaardige verdeling van woonruimte, welke taak voortvloeit uit de Woonruimtetwet 1947 en van publiekrechtelijke aard is.'

Tenslotte in deze reeks de uitspraak inzake het geschil tussen het Koninklijk Nederlands Watersport Verbond e.a. en GS Noord-Holland, Afd.R. 19.5.1983, tB/S V, 301. Aan de N.V. Amsterdamsche Ballast Maatschappij (ABM) en haar rechtverkrijgenden waren in 1942 ontheffingen en een vrijstelling van wettelijke verbodsbepalingen verleend alsmede een privaatrechtelijke 'vergunning'. Bij dat besluit was als voorwaarde opgenomen o.a. dat, na afloop van de werkzaamheden waarvoor ontheffingen e.d. waren verleend de eigendom der kunstwerken op de provincie zou overgaan, tenzij het provinciaal bestuur de wens te kennen zou geven dat ABM tot verwijdering van de kunstwerken zou overgaan, waarna ABM verplicht zou zijn aan dit verzoek te voldoen.

De Afdeling geeft eerst aan waarom er naar haar mening van een besluit gericht op rechtsgevolg sprake is.<sup>392</sup> Dan komt de motivering van het beschikkingskarakter van het besluit. Die motivering luidt aldus dat, nu het bestreden<sup>393</sup> besluit is gebaseerd op een voorwaarde verbonden aan een besluit waarbij met name ontheffingen en vrijstelling van een aantal provinciale verordeningen zijn verleend, dit besluit mede ter uitvoering van een publiekrechtelijke taak strekt en *als zodanig* mede een rechtshandeling inhoudt die is gericht op andere dan burgerrechtelijke rechtsgevolgen.

Ook hier wordt in alle duidelijkheid het taak-criterium gehanteerd. Op grond van het voorgaande kan als volgt worden geconcludeerd. Ook al worden in sommige uitspraken wetsartikelen aangehaald die *mede* als basis voor de beschikkingsbevoegdheid worden aangeduid, de publieke/publiekrechtelijke taak wordt of daarnaast als zelfstandig element van die beschikkingsbevoegdheid opgevoerd, of zelfs als enige basis daarvan.<sup>394</sup>

Niettegenstaande het voorgaande kan de overheidstaak niet zonder

meer als bevoegdheidsgrondslag worden beschouwd, ook niet in de ogen van de Arob-rechter. In Afd.R. 8.10.1982, tB/S V, p. 1250 was een beroep op het taakcriterium vergeefs: 'Uit niets blijkt immers dat verweerders hun toestemming op (een) hun toegekende bestuursbevoegdheid hebben doen steunen.'

In het geding tussen de Rotterdamse Bond van Volkstuinders en B & W van Rotterdam meenden B & W de bevoegdheid te hebben aan een volkstuinder toestemming te verlenen een extra tuinhut te handhaven, ofschoon er een huurovereenkomst was gesloten tussen tuinder en Bond, waarbij de gemeente dus niet zelf partij was. De Afdeling rechtspraak zocht naar een publiekrechtelijke grondslag voor de beslissing van B & W, vond die niet en merkte op: 'De in het publiekrecht toegekende bevoegdheden zijn immers duidelijk omlijnd of te herleiden.' (Afd.R. 20.6.1980, AB 567).

Deze stellige uitspraak lijkt een ongeschreven titel als beschikkingsgrondslag uit te sluiten, bijvoorbeeld een rechtsbeginsel, terwijl ook overheidstaken die niet in wetten omschreven zijn als titel onbruikbaar lijken. Sterker nog: taakopdrachten zonder uitdrukkelijke bevoegdheidstoekenning zouden geen titel voor beschikkingen kunnen vormen! Het voorgaande leert anders.

Dat een taak als grondslag voor beschikkingsbevoegdheid zou kunnen dienen is zeer aanvechtbaar. De belangrijkste kritiek kan als volgt worden weergegeven:

a Uit een taak kan en mag geen bevoegdheid worden afgeleid.

Dat een taak moet worden vervuld zegt niets over de bevoegdheden die bij de taakvervulling kunnen worden aangewend. Voor zover die bevoegdheden een inbreuk kunnen maken op de rechtspositie van de burger verzet de rechtsstaatgedachte zich tegen het aannemen van dergelijke bevoegdheden zonder wettelijke grondslag. Nu is de rechtsstaat een na te streven, maar nooit geheel te verwezenlijken ideaal en ook de idee dat uit een taak geen bevoegdheid kan worden afgeleid heeft geen absolute gelding. In het kader van subjectief noodrecht kan men aan het bestaan van een taak bevoegdheidscheppende betekenis hechten. Subjectief noodrecht is immers de erkenning van bevoegdheden die niet als zodanig zijn verleend om een taak uit te oefenen die in het kader van een noodsituatie op bijzondere wijze moet worden vervuld.

De Hoge Raad heeft ook wel eens bevoegdheden uit een taak afgeleid, inzake artikel 28 Politiewet, in de zaak van de Zeijense nachtraker (HR 24.10.1961, NJ 1962, 86). Ook op die uitspraak is echter



veel kritiek geleverd vanwege het afleiden van een bevoegdheid uit een taak.

b Het begrip (algemene) publieke bestuurstaak is te vaag om bruikbaar te zijn, behoort niet alles wat de overheid doet tot de (algemene) publieke bestuurstaak?

Al is wellicht in de praktijk een zekere afbakening voorstelbaar, het onderscheid tussen wat typisch wel en niet des overheids is, anders gezegd wanneer de overheid als zodanig optreedt, is op zijn minst onduidelijk. Dat komt omdat het oordeel hieromtrent subjectief bepaald is. Er wordt naar tijd en plaats door mensen verschillend geoordeeld wat typische overheidstaken zijn.

#### 4.4 Het weigeren van de publiekrechtelijke weg

‘Een . . . vraag is gebleken, of het overheidsorgaan, door de privaatrechtelijke weg te kiezen, een publiekrechtelijke weg heeft vermeden die de belanghebbende in een gunstiger positie zou hebben gebracht. Zo dit laatste het geval is, wordt een weigering tot beschikken verondersteld en is er dus AROB-ontvankelijkheid.’ Aldus vat Steenbeek het in deze paragraaf te behandelen onderwerp samen.<sup>395</sup>

Deze samenvatting suggereert, juist als de door Steenbeek opgenomen noot bij vorenstaande tekst<sup>396</sup>, dat de jurisprudentie een min of meer duidelijk beeld zou geven van de (soort) gevallen waarin om bedoelde reden daadwerkelijk een beschikking wordt aangenomen. Niets is minder waar. De stelling dat dit criterium nu het slechts één keer positieve toepassing heeft gevonden - en in dat ene geval ook nog ten onrechte, althans niet in overeenstemming met de vaste jurisprudentie ter zake - als een juridische zeepbel moet worden gezien, lijkt niet al te gewaagd.

Bepalen wij ons tot de relevante rechterlijke uitspraken.

In vele uitspraken worden de volgende twee standaardoverwegingen opgenomen: (In de oudste gepubliceerde uitspraak Vz.Afd.R. 4.4.1977, tB/S V, p. 34, nog enigszins anders in verband met verzoekers stellingen)

‘Verzoeker klaagt niet dat de gemeenteraad zijn besluit heeft genomen om een doel te bereiken waartoe een publiekrechtelijke weg zou hebben opengestaan, en dat hij door het volgen van die weg in een gunstiger positie zou zijn gebracht dan door de gevolgde privaatrechtelijke weg. Wij zijn dan ook van oordeel, dat uit hetgeen verzoeker

ter zake heeft gesteld, niet volgt dat verweerder impliciet of expliciet zou hebben geweigerd een voor hem openstaande publiekrechtelijke weg te volgen.<sup>397</sup>

De jurisprudentie op dit punt roept een aantal vragen op. Vorenstaand citaat is een goed uitgangspunt voor het stellen van deze vragen.

Is het nodig dat verzoeker zelf aangeeft, dat er sprake is van de weigering een voor hem gunstiger publiekrechtelijke weg te bewandelen? Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord.<sup>398</sup> In een uitspraak van 9.2.1978, AB 211, stelde de voorzitter na de eerste van de twee gereleveerde standaardoverwegingen: 'In de litigieuze besluiten kunnen Wij ook ambtshalve geen ongerechtvaardigde weigering - impliciet of expliciet - tot het begaan van een publiekrechtelijke weg ten detrimente van appelland ontdekken.'<sup>399</sup>

Voor welk orgaan moet de publiekrechtelijke weg openstaan? De tweede standaardoverweging geeft aan, dat de eventueel openstaande publiekrechtelijke weg voor het orgaan dat privaatrechtelijk handelt zelf moet openstaan. ('... dat verweerder zou hebben geweigerd een voor hem openstaande publiekrechtelijke weg te volgen'). Ten Berge en Stroink hebben in Afd.R. 2.1.1980, tB/S V, 158 een verbijzondering gezien. Het betrof een privaatrechtelijk handelen van B & W tot het resultaat waarvan ook gekomen kon worden door publiekrechtelijk handelen van GS. Het sterk 'hineininterpretierende' kopje boven de uitspraak suggereert en in de aantekening onder de uitspraak staat onomwonden, 'dat de publiekrechtelijke weg een bevoegdheid moet inhouden voor een orgaan van het openbaar lichaam dat als rechtspersoon de privaatrechtelijke weg gekozen heeft'. Dit volgt echter in het geheel niet uit de betreffende uitspraak, laat staan dat het er in zou staan. Wat er wel staat is: 'Niet verweerders doch gedeputeerde staten van Noord-Holland zouden dan ook bevoegd zijn om een einde te maken aan de door verweerders gestelde illegale situatie. Reeds hieruit volgt, dat verweerders niet een privaatrechtelijke weg hebben gekozen, terwijl voor hen een publiekrechtelijke weg zou hebben opengestaan, die appelland meer waarborgen zou hebben geboden.' Dit betekent niets meer en niets minder dan dat voor het orgaan zelf de andere, publiekrechtelijke, weg zou moeten openstaan. Dit blijkt nog eens heel duidelijk uit Afd.R. 12.1.1981, tB/S V, 212: 'Ofschoon het niet is uitgesloten dat een besluit inzake het verrichten van een rechtshandeling naar burgerlijk recht mede als een beschikking met publiekrechtelijk karakter moet worden aangemerkt, kan

daarvan eerst sprake zijn, indien het betrokken administratief orgaan bedoeld besluit heeft genomen ten einde een doel te bereiken, waartoe voor dat orgaan bij het nemen van zijn besluit een voor belanghebbende gunstiger, publiekrechtelijke weg openstond. Hetgeen appellante heeft gesteld kan reeds daarom niet tot deze conclusie leiden, omdat krachtens de Wet op de Ruimtelijke Ordening de bevoegdheid tot vaststelling van een bestemmingsplan niet berust bij verweerders, doch bij de gemeenteraad.' Ten Berge en Stroink wensen hun 'vondst' niet op te geven en zien in deze uitspraak een 'verdere verbijzondering'. Genoemde uitspraken geven naar mijn oordeel echter geen enkel aanknopingspunt voor deze verbijzonderingen.

Gelet op de vaste lijn ter zake is merkwaardig - nog merkwaardiger dan hij om andere redenen al is - de uitspraak van de voorzitter inzake het Amersfoortse tentenkamp. (Vz.Afd.R. 27.5.1982, AB 1983, 62).<sup>400</sup> De burgemeester had toestemming voor het houden van een demonstratieve optocht geweigerd. B & W hadden geweigerd een bepaald aan de gemeente in eigendom toebehorend terrein ter beschikking te stellen. De burgemeester heeft beide besluiten medegedeeld aan de Vereniging Roze Front Amersfoort, verzoekster. Dat de burgemeester het besluit van B & W mededeelde is niet opmerkelijk, omdat alle stukken van B & W door de burgemeester worden verzonden (artikel 76 gemeentewet) en, gelet op artikel 78 gemeentewet, de burgemeester ter zake van deze privaatrechtelijke rechtshandeling casu quo weigering daarvan de gemeente vertegenwoordigt. Wel opmerkelijk - en onverstandig - is dat tegen beide besluiten bij de burgemeester een bezwaarschrift werd ingediend. De burgemeester had het bezwaarschrift tegen het besluit van B & W aan het college moeten doorzenden. Dit volgt al uit artikel 73 gemeentewet, maar de Afdeling rechtspraak acht dit ook een beginsel van behoorlijk administratief procesrecht. (Afd.R. 12.11.1979, AB 1980, 199 en Afd.R. 15.10.1982, AB 1983, 87). Ook opmerkelijk is, dat de burgemeester 'zich aansluit' bij de beslissing van B & W. De burgemeester heeft ter zake een eigen bevoegdheid, zo meende de voorzitter, op grond van artikel 221 gemeentewet.<sup>401</sup> Men zou verwachten, dat bij de beoordeling ten gronde van het gebruik van die bevoegdheid wordt beoordeeld of de door B & W aangevoerde argumenten voor *hun* beslissing een rol mogen spelen voor de beslissing van de burgemeester. Dit punt wordt door de voorzitter echter in de ontvankelijkheidssfeer getrokken. Hij overweegt dat B & W 'hun doel, het voorkomen van verstoring van de openbare orde, willen bereiken door het volgen van een

privaatrechtelijke weg, terwijl daarvoor een publiekrechtelijke weg, via verweerder (de burgemeester, F.M.) op grond van art. 221 Gem.w., openstaat waarbij bovendien verzoekster in een uit een oogpunt van rechtsbescherming gunstiger positie verkeert'. Hij miskent daarmee dat de beslissing van B & W niet ter discussie kan staan bij de voorzitter, omdat B & W geen verweerders waren. Alleen de burgemeester was verweerder, niet tevens B & W. Merkw aardiger wordt het nog wanneer de handelwijze van B & W wordt aangevoerd om uit te maken dat de burgemeester geweigerd heeft. Maar dat werd toch door niemand betwist?! De wijze van ter kennis brengen van beide besluiten is voor de voorzitter mede een reden om beide besluiten op het conto van de burgemeester te brengen, vermoedelijk om op die manier de argumenten van B & W in het kader van de procedure tegen het besluit van de burgemeester te kunnen beoordelen. Maar dat kon toch wel, waar de burgemeester zich voor zijn - op niets anders dan op artikel 221 gemeentewet te baseren - besluit mede op die argumenten had verlaten. Of is deze hele constructie nodig omdat de burgemeester zich niet (expliciet) op artikel 221 had beroepen? Maar dan lijkt het me toch eenvoudiger aan te nemen dat de burgemeester zijn besluit slechts daarop kan baseren en dit besluit dus daarop gebaseerd wordt geacht te zijn! De voorzitter heeft hier een uitspraak gedaan die niet past in de vaste jurisprudentie van de Arob-rechter inhoudende dat het weigeren van de publiekrechtelijke weg alleen dan een weigering van een beschikking oplevert wanneer privaatrechtelijk handelen en publiekrechtelijk weigeren aan één zelfde orgaan zijn toe te schrijven. Voorts is de uitspraak op verschillende punten onduidelijk en curieus. Ik meen dat aan deze uitspraak, althans ter zake van het beschikkingsbegrip, dan ook niet teveel gewicht moet worden toegekend.

Wat wordt in genoemde standaardoverwegingen met het open staan respectievelijk volgen van een publiekrechtelijke weg bedoeld? Met deze publiekrechtelijke weg kan in theorie veel meer zijn bedoeld dan het nemen van een beschikking, maar relevant in Arob-verband is alleen die publiekrechtelijke weg die het nemen van een beschikking inhoudt. Het verdient aanbeveling dat de rechter in dit verband over het weigeren van een beschikking spreekt. Soms wordt uitdrukkelijk *wel* de publiekrechtelijke weg gevolgd, maar tevens de privaatrechtelijke.

B & W van Emmen verleenden een burger een door de APV vereiste vergunning voor het innemen van een standplaats met een verkoop-

wagen op aan de gemeente in eigendom toebehorende grond met openbare bestemming, doch weigerden de naar hun oordeel wel, volgens de voorzitter niet, benodigde civielrechtelijke toestemming. De voorzitter hanteerde een constructie die verwant is aan de in deze paragraaf besproken constructie: hij meende dat B & W zich ten onrechte niet hadden beperkt tot de publiekrechtelijke weg. De in civili-bus gebruikte argumenten, met name het door andere ondernemers te ondervinden nadeel, waren argumenten die normaliter bij het al dan niet verlenen van de vergunning een rol spelen, maar daar waren zij in casu niet geldig omdat de vergunning eisende APV-bepaling slechts strekte tot handhaving van de openbare orde. De verleende vergunning nu werd mirabile dictu als weigering beschouwd. Men had de publiekrechtelijke weg wel gevolgd, maar toch ook weer niet (Vz. Afd.R. 3.11.1983, tB/S V, 321; in soortgelijke zin Vz.Afd.R. 29.5.1984, AB 1985, 66).

In feite spreekt de voorzitter hier een oordeel uit over civielrechtelijk optreden hetgeen niet tot zijn competentie behoort. Eerder had de toen nog waarnemend voorzitter - Troostwijk - in zijn uitspraak van 25.9.1981, Gem.stem 6703, 6 opgemerkt, dat B & W het innemen van standplaats ook 'kunnen regelen door middel van het ingebruik geven van de daarvoor benodigde grond, voor zover deze aan de gemeente toebehoort'. Het besluit tot het in gebruik geven van grond vindt zijn grondslag in de beschikkingsmacht die de gemeente als eigenares van die grond heeft en is daarom een rechtshandeling naar burgerlijk recht, aldus de waarnemend voorzitter. Meer duidelijkheid inzake de verhouding tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke weg, wanneer beide worden gevolgd, bieden Afd.R. 4.1.1985, AB 564 (Bolsward) en Vz.Afd.R. 19.2.1985, AB 565 (Weert), beide met noot P.J.J. van Buuren, eveneens inzake standplaatsvergunningen.

Los van de principiële vraag in hoeverre er na vergunningverlening nog privaatrechtelijke mogelijkheden zijn het innemen van standplaats te beletten, moet aan de publiekrechtelijke beslissing een zodanig gedetailleerde belangenafweging voorafgaan (Bolsward) - waarbij echter niet op het privaatrechtelijke vervolg van een pachtovereenkomst mag worden vooruitgelopen (Weert) - dat het feitelijk zeer moeilijk zal zijn na het nemen van een - begunstigende - beschikking ter zake het volgen van de privaatrechtelijke weg enige inhoud te geven.<sup>402</sup>

**Wanneer is de publiekrechtelijke weg voor verzoeker/appellant gunstiger dan de privaatrechtelijke? Wat betreft de jurisprudentie kan**

slechts de Amersfoortse tentenkamp-uitspraak worden aangehaald. Daarin stelt de voorzitter dat verzoekster bij het nemen van een beschikking door de burgemeester ex artikel 221 gemeentewet 'in een uit een oogpunt van rechtsbescherming gunstiger positie verkeert' dan bij een privaatrechtelijke weigering door B & W om gebruik van gemeentelijk terrein toe te staan. Het is niet onwaarschijnlijk dat dit materieel zo is, of het ook zo bedoeld is valt niet te achterhalen. Steenbeek wijst er op dat men een meer formele interpretatie moet toepassen, 'door zich af te vragen of die publiekrechtelijke weg meer waarborgen biedt'.<sup>403</sup> Als het nog eens zo ver komt dat een 'normale' positieve toepassing aan het publiekrechtelijke weg criterium wordt gegeven dan is het interessant van de Afdeling te vernemen of Steenbeeks aanwijzing juist is en - interessanter nog - hoe de Afdeling de (formele) waarborgen voor haar 'eigen' rechtsgang afzet tegen die bij de burgerlijke rechter.

Betreft het publiekrechtelijke weg criterium naast de ontvankelijkheid van appellant ook de gegrondheid van het beroep? De Afdeling rechtspraak heeft in vele uitspraken de vermelde standaardoverwegingen opgenomen en altijd in het kader van de ontvankelijkheidsvraag: is er een beschikking? Uit het privaatrechtelijke handelen kan de weigering een beschikking te nemen onder omstandigheden worden afgeleid. Toch lijkt hier meer aan de hand. De eerste standaardoverweging gaat in de richting van een plicht voor de overheid de publiekrechtelijke weg te kiezen - een beschikking te nemen - wanneer deze de burger in kwestie in een gunstiger positie zou brengen. Strikt genomen zou de rechter, nadat hij een weigering ex artikel 3 Wet Arob heeft geconstateerd kunnen vaststellen dat deze weigering niet onrechtmatig was, maar wie gelooft daarin?<sup>404</sup>

Dat de rechter hier in het kader van een ontvankelijkheidsvraag al een oordeel omtrent de zaak zelf geeft (zou geven) is intussen hoogst opmerkelijk. De eis dat met de twee wegen hetzelfde doel moet kunnen worden bereikt - wat daaronder precies moet worden verstaan is ook niet duidelijk - doet denken aan misbruik van bevoegdheid.<sup>405</sup> Privaatrechtelijke bevoegdheden zouden worden misbruikt alleen al omdat er ter zake ook publiekrechtelijk kon worden gehandeld.<sup>406</sup> Daarmee spreekt de administratieve rechter ten principale een oordeel uit over handelingen tot beoordeling waarvan hij niet bevoegd is.<sup>407</sup> Dit gaat nog verder dan bij het uitwegvergunningstelsel, waar het privaatrechtelijk karakter wordt ontkend; in casu echter wordt expliciet privaatrechtelijk optreden erkend.

In deze paragraaf is geprobeerd enkele vragen te beantwoorden omtrent het publiekrechtelijke weg criterium. Alvorens de balans op te maken eerst nog een opmerking over de door de rechter gehanteerde terminologie.

In de hiervoor genoemde uitspraak van de Afdeling van 12.1.1981, tB/S V, 212, wordt, kort weergegeven, gesteld, dat de toepasselijkheid van het publiekrechtelijke weg criterium er toe zou leiden, dat de rechtshandeling naar burgerlijk recht 'mede als een beschikking met publiekrechtelijk karakter moet worden aangemerkt'. Om te beginnen versterkt dit de duidelijkheid omtrent de eis dat de andere weg voor hetzelfde orgaan moet openstaan. Het zou mij echter terminologisch zuiverder voorkomen wanneer hier, juist als bij andere uitspraken omtrent impliciete beschikkingen, zou worden gesteld, niet dat de rechtshandeling naar burgerlijk recht zelf een publiekrechtelijke component krijgt, maar het bestaan van die rechtshandeling naar burgerlijk recht als bewijsmateriaal dient voor de weigering van een andere - publiekrechtelijke - rechtshandeling.

Tenslotte: wat betekent al deze jurisprudentie? Gelet op het voorgaande moet worden gesteld: in concrete zin vooralsnog niets. Toch zijn er twee aspecten in meer algemene zin van belang. De overheidsorganen hebben een soort waarschuwing ontvangen, dat zij zich goed rekenschap moeten geven van de positie van de burger - met name derden - bij het kiezen voor de ene of de andere weg. Dat kan nooit kwaad, ook al begint die waarschuwing onderhand wat hol te klinken, of blijkt ze, van een andere kant bezien, achteraf nogal overbodig.

Voorts wordt, evenals bij enkele andere probleemgebieden inzake artikel 2, lid 2 onder b Wet Arob, een soort principiële voorkeur voor het publiekrecht tot uiting gebracht. Psychologisch is dit misschien te verklaren uit het feit dat de Arob-rechter met dat recht dagelijks bezig is. Juridisch en zelfs rechtspolitiek lijkt een dergelijke voorkeur zeker niet vanzelfsprekend. De Afdeling rechtspraak van de Raad van State heeft, zich bewust van haar positie in het rechtssysteem, haar verhouding tot de burgerlijke rechter, en de structuur van dat rechtssysteem, met een onderscheid tussen privaatrechtelijk opererende rechtspersonen en publiekrechtelijk opererende ambten, aan het hier besproken criterium in ieder geval geen werkelijke inhoud willen en/of kunnen geven.

#### 4.5 Impliciete beschikkingen

Anders dan in het geval geweigerd wordt de publiekrechtelijke weg te bewandelen, waarbij uit het *wel* volgen van de privaatrechtelijke weg de 'publiekrechtelijke weigering' wordt afgeleid en aldus een beschikking wordt aangenomen, gaat het in deze paragraaf om gevallen waarin door privaatrechtelijk handelen het eindpunt van de nog te volgen publiekrechtelijke weg reeds vaststaat. Er is geen sprake van een weigering publiekrechtelijk te handelen. De vraag is slechts wanneer dit publiekrechtelijk handelen geschiedt. Dit is uiteraard van belang voor (de termijn inzake) de bezwaar- en beroepsmogelijkheden. Al vóór het tot een expliciet handelen komt kan blijken dat het bestuursorgaan in de nog te nemen beslissing zich niet anders dan op een bepaalde wijze zal kunnen opstellen.

De overeenkomst met de in § 4.4 besproken figuur is dat zowel daar als hier niet het onderscheid beschikking - rechtshandeling naar burgerlijk recht problematisch is, maar dat het verrichten van een rechtshandeling naar burgerlijk recht dient als bewijsmateriaal voor het aannemen van een (impliciete) beschikking. De figuur van de impliciete beschikking kwam eerder in meer algemene zin aan de orde in § 3.2. Hier wordt een aanvulling gegeven en worden enkele gevallen besproken waarin de weigering burgerrechtelijke rechtshandelingen te verrichten beschikkingen impliceren.

Zo kon - aldus de Afdeling rechtspraak - de weigering om iemand te plaatsen op een lijst van gegadigden voor een te bouwen woning weliswaar betrekking hebben op de weigering om met die persoon te zijner tijd een overeenkomst van koop en verkoop inzake een huis casu quo een stuk bouwgrond aan te gaan - en daarmee op een rechtshandeling naar burgerlijk recht -, maar bracht een dergelijke weigering, gelet op de vaste praktijk in de betreffende gemeente (Valkenburg Z-H) om aan diegenen waarmee *wel* zo'n overeenkomst werd aangegaan een woonvergunning te verlenen, noodzakelijk met zich mee de weigering om een woonvergunning te verlenen. (Afd.R. 8.7.1977, tB/S V, p. 82h).

Een dergelijke vaste praktijk was er blijkbaar niet in de gemeente L. waar de weigering van B & W appellant in aanmerking te laten komen voor een premiekoopwoning uitsluitend inhield de weigering een rechtshandeling naar burgerlijk recht te verrichten. (Vz.Afd.R. 6.1.1978, AB 160. Idem Nootdorp: Wnd.Vz.Afd.R. 7.9.1981, tB/S V, p. 974). Wanneer ingevolge het Besluit liberalisatie woonruimte-



beleid III van 4 maart 1970 in de betreffende gemeente geen woonvergunning is vereist, dan kan er uiteraard ook geen sprake zijn van een weigering op voorhand zo'n vergunning te verlenen (Afd.R. 13.5.1980, AB 561, Etten-Leur).

Een nauwelijks nog impliciet te noemen beschikking was aan de orde in Afd.R. 30.9.1983, tB/S V, 317. B & W van Edam-Volendam lieten appellante weten na ontvangst van een door haar ondertekende verklaring - er op gericht dat appellantes toenmalige woning slechts zou worden verkocht aan een persoon die voldeed aan de eisen van het gemeentelijk vestigings- en grondverkoopbeleid - een woonruimtevergunning te zullen verstrekken. In het geval appellante niet zou ondertekenen zouden B & W de betreffende woningbouwvereniging verzoeken betrokkene geen woning toe te wijzen. Van mening, dat daarom hun brief een privaatrechtelijke toestemming tot onderwerp had, verklaarden B & W appellante in haar bezwaar tegen deze beslissing niet-ontvankelijk. Dit liet volgens de Afdeling echter onverlet, dat voor het geval appellante niet tekende, een woonruimtevergunning werd geweigerd.

Een impliciete beschikking werd ook aangenomen in Afd.R. 30.6.1980, tB/S V, 187. De beslissing van de gemeenteraad van Waspik om de, niet contractueel vastgelegde, samenwerking met de Stichting Streek VVV Hart van Brabant te beëindigen 'brengt met zich, dat de door de gemeente Waspik tot dusverre jaarlijks aan appellante verleende subsidies worden stopgezet'. Er was geen expliciete beschikking ter zake genomen, maar de subsidie die in het kader van de samenwerking werd verleend verviel 'automatisch'.

#### 4.6 De ketentheorie

Herhaaldelijk is de Afdeling voor de vraag gesteld wat de kwalificatie moet zijn van besluiten tot het aangaan van een rechtshandeling naar burgerlijk recht en besluiten tot het goedkeuren van dergelijke besluiten. Artikel 2 van de Wet Arob zondert wel rechtshandelingen naar burgerlijk recht uit van het beschikkingsbegrip, maar niet de daarmee verband houdende besluiten als boven bedoeld. Artikel 4 van de Wet Arbo stelt daarentegen expliciet geen beroep open tegen rechtshandelingen naar burgerlijk recht en 'besluiten, strekkende tot het verrichten door het lichaam van een rechtshandeling naar burgerlijk recht . . .'. Goedkeuringsbesluiten worden echter ook in artikel 4 Wet Arbo niet uitgezonderd.

Hoe moet de aan de Afdeling gestelde vraag worden beantwoord zonder of de wetstekst, of de bedoeling van de wetgever of ons rechtssysteem (meer in het algemeen) geweld aan te doen?

Nemen we als voorbeeld een overeenkomst tot koop/verkoop van onroerend goed tussen een gemeente en een particulier, welke overeenkomst goedkeuring behoeft voor gemeenten met minder dan 100.000 inwoners (artikel 228 gemeentewet). De raad besluit tot het aangaan van zo'n overeenkomst, dit besluit wordt door GS goedgekeurd en vervolgens wordt de overeenkomst gesloten, met als partij aan overheidsszijde de rechtspersoon gemeente, welke door de burgemeester wordt vertegenwoordigd (artikel 78 gemeentewet), d.w.z. hij sluit de overeenkomst, hij tekent, voor de gemeente. De betrokken 'overheidsinstellingen' zou ik als volgt willen typeren. De gemeente is een overheidsverband of -lichaam welks positie en functioneren publiekrechtelijk is geregeld en dat tevens privaatrechtelijk kan handelen doordat haar rechtspersoonlijkheid toekomt (door de wet is toegekend).<sup>408</sup> Zoals voor andere rechtspersonen de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de rechtspersoon in de wet - BW - en de statuten is geregeld, zo wordt dat voor de gemeente in de gemeentewet geregeld.

Primair is de raad, krachtens artikel 171 gemeentewet, de bevoegde instantie om de wil van de rechtspersoon inzake de koop te vormen.<sup>409</sup> Dit besluit is, respectievelijk als aanbod of acceptatie de basis voor het sluiten der overeenkomst door de burgemeester die wettelijk bevoegd is als vertegenwoordiger van de gemeente op te treden.

Van Stegeren heeft verdedigd dat reeds het raadsbesluit een overeenkomst tot stand kan doen komen.<sup>410</sup> Hij baseert zich daarvoor op het arrest van de Hoge Raad van 1.6.1960, BNB 185 (Fabriekshal-arrest).<sup>411</sup> Daarin merkte de Hoge Raad op, dat reeds vóór de benodigde goedkeuring is verkregen - en dus ook vóór de burgemeester de overeenkomst heeft gesloten - partijen tegenover elkaar zijn gebonden 'in die zin, dat zij niet eenzijdig kunnen terugtreden, zodat, al kon de onderhavige overeenkomst eerst na bedoelde goedkeuring werking verkrijgen, de wilsovereenstemming tussen de gemeente en belanghebbende het tijdstip is, waarop door belanghebbende tegenover haar wederpartij verplichtingen zijn aangegaan'. Uit deze overweging valt slechts af te leiden dat de gemeente niet hangende de goedkeuring eenzijdig kan terugtreden of de inhoud van hetgeen de raad heeft besloten kan wijzigen. Er is echter nog geen overeenkomst, althans niet een die werkt.<sup>412</sup> Wat de Hoge Raad onder een overeenkomst die nog niet werkt verstaat is niet geheel duidelijk, maar meer

dan de door mij aangegeven precontractuele gebondenheid kan er niet zijn, met name niet de gebondenheid om de overeengekomen prestatie te leveren. Het aannemen van een overeenkomst reeds op het tijdstip van het raadsbesluit maakt het optreden van de burgemeester ook illusoir.

Het raadsbesluit is dus onderdeel van de wilsvorming door de rechtspersoon gemeente en verleent de burgemeester de bevoegdheid de privaatrechtelijke rechtshandeling te verrichten waartoe besloten is. Vanwege dit laatste moet het raadsbesluit als rechtshandeling worden beschouwd. Deze kan als privaatrechtelijk worden aangeduid, als onderdeel van de wilsvorming gericht op de totstandkoming van een privaatrechtelijke overeenkomst, maar ook als publiekrechtelijk, omdat de bevoegdheid van de raad tot het nemen van dergelijke besluiten publiekrechtelijk - in de gemeentewet - is geregeld.<sup>413</sup> Daaraan doet niet af dat de raad door zijn publiekrechtelijke besluit de rechtspersoon gemeente privaatrechtelijk precontractueel kan binden.

Maar hoe zit het nu met het goedkeuringsbesluit van GS? Wordt het college van GS een onderdeel van de rechtspersoon gemeente voor wat betreft die rechtshandeling en moet het goedkeuringsbesluit worden gezien als deelhandeling van een samengestelde rechtshandeling, zoals Vegting meent?<sup>414</sup> Opgemerkt moet worden dat Vegting zijn opvatting formuleerde in een tijd waarin veel meer privaatrechtelijke besluiten aan goedkeuring waren onderworpen en men zich met name de vraag stelde of iets als dading door de gemeente eigenlijk wel mogelijk was gelet op het goedkeuringsvereiste. Om aan dit dilemma te ontkomen was het praktisch om GS dan maar pour besoin de la cause als gemeenteorgaan te zien.

Deze zienswijze verdient echter geen steun. Wanneer GS immers goedkeuring onthouden dan zal dit de gemeente toch niet kunnen worden tegengeworpen? Van gemeentezijde zou hooguit van een onrechtmatige daad sprake kunnen zijn wanneer de raad een besluit zou nemen waarvan op voorhand zou vaststaan dat GS goedkeuring zouden onthouden, maar dan nog betreft de onrechtmatigheid niet het besluit van GS, maar dat van de raad. Om een formeel niet tot de rechtspersoon gemeente behorend orgaan tot die rechtspersoon te rekenen moeten wel zeer zware argumenten worden aangevoerd en die zie ik niet.

Voor een nadere plaatsaanduiding van het goedkeuringsbesluit van GS is een vergelijking met het vennootschapsrecht nuttig.

In het vennootschapsrecht is een constructie waarbij besluiten van

vennootschappelijke organen aan de goedkeuring van derden worden gebonden niet mogelijk, althans kan het ontbreken van zodanige goedkeuring niet door of aan derden worden tegengeworpen. Dit kan worden afgeleid uit het feit dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur een dergelijke wettelijke inperking niet kent<sup>415</sup> (zie de artikelen 130 en 240 Boek 2 BW) alsmede uit de zelfstandige positie die aan een vennootschap in het BW wordt toegedacht. Bij de overeenkomst waarbij de gemeente partij is, is het goedkeurende orgaan - GS - een buiten de rechtspersoon staande derde. De goedkeuring van GS nu is nodig voor de werking van de overeenkomst - en dus voor de mogelijkheid de overeengekomen rechten en plichten te effectueren<sup>416</sup> - en kan derden *wel* worden tegengeworpen.

Er is echter nog een ander verschil met het vennootschapsrecht. Twee belangrijke criteria voor de beslissing van GS zijn eventuele strijd met de wet en het algemeen belang (artikel 228a gemeentewet). Dit geeft het typisch publiekrechtelijke karakter van deze goedkeuringsconstructie aan. Voorts staat tegen de weigering goed te keuren beroep open op de Kroon voor het gemeentebestuur (artikel 235 gemeentewet).

Samenvattend kan worden geconcludeerd, dat zowel het raadsbesluit tot het aangaan van een overeenkomst als het besluit van GS tot goedkeuring van het raadsbesluit in ieder geval tevens als publiekrechtelijk vallen aan te merken, waarbij een en ander voor het goedkeuringsbesluit nog in versterkte mate geldt.

Bepalen we ons nu tot artikel 2 Wet Arob. Lid 2 luidt:

‘Geen beschikking in de zin van deze wet is:

- a een besluit van algemene strekking;
- b een rechtshandeling naar burgerlijk recht.’

Een rechtshandeling naar burgerlijk recht kan dus volgens de wet vallen onder de omschrijving in lid 1, anders was de uitzondering in lid 2, sub b overbodig. In lid 1 wordt beschikking in de zin van de Wet Arob omschreven als ‘het schriftelijk besluit van een administratief orgaan, gericht op enig rechtsgevolg’. Kan echter een administratief orgaan een rechtshandeling naar burgerlijk recht verrichten? Gelet op het hiervoor gestelde moet deze vraag bevestigend worden beantwoord. Dat deze handelingen door administratieve organen slechts in hun rol van vertegenwoordiger van de rechtspersoon kunnen worden verricht, vervolgens worden toegerekend aan de rechtspersoon en de rechtspersoon door die handeling rechten en/of plichten krijgt is evenzeer waar. Maar de rechtshandeling wordt verricht door het orgaan.<sup>417</sup>

De jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak geeft het volgende beeld te zien. Zowel raadsbesluiten tot het aangaan van overeenkomsten naar burgerlijk recht als besluiten tot goedkeuring van dergelijke raadsbesluiten 'lossen zich op'<sup>418</sup> in de rechtshandeling naar burgerlijk recht van het aangaan der overeenkomst. Hoewel bij dit soort beeldspraak waakzaamheid geboden is lijkt het toch niet te onvoorzichtig te concluderen dat zo'n raadsbesluit dan niet zelf een rechtshandeling naar burgerlijk recht is, neen, het lost zich in zo'n handeling op.

Men treft ook de volgende omschrijvingen aan: 'gericht op het tot stand komen van een rechtshandeling naar burgerlijk recht' (Vz.Afd.R. 11.9.1979, AB 1980, 610), 'betreft de totstandkoming van een overeenkomst naar burgerlijk recht' (Vz.Afd.R. 20.9.1979, AB 1980, 598), 'Dat besluit is gericht op het aangaan van een overeenkomst van koop en verkoop' (Afd.R. 1.12.1977, AB 1978, 229). Nu eens lossen raadsbesluiten zich 'onder deze omstandigheden op' in rechtshandelingen naar burgerlijk recht. (Afd.R. 9.2.1978, AB 211).

In andere uitspraken wordt, zonder overwegingen omtrent 'oplossing' of iets dergelijks geconcludeerd, dat het raadsbesluit 'onder deze omstandigheden' (zie hierna) als een rechtshandeling naar burgerlijk recht moet worden beschouwd (Afd.R. 11.8.1978, AB 1979, 111; Vz.Afd.R. 22.2.1979, AB 1980, 623), dan wel als een noodzakelijk onderdeel van een rechtshandeling naar burgerlijk recht van de gemeente. (Afd.R. 2.2.1978, AB 210). In Vz.Afd.R. 28.2.1978, tB/S V, p. 233 tenslotte heet het: 'Het besluit van verweerders (B & W, F.M.) waarbij zij aan appellant hebben medegedeeld, dat hij niet voor een premiekoopwoning in aanmerking komt, houdt in de weigering een rechtshandeling naar burgerlijk recht te verrichten . . . '.

Een weinig vaste terminologie dus. Uit de meeste omschrijvingen moet worden afgeleid dat het raadsbesluit niet zelf de rechtshandeling naar burgerlijk recht is. De typering van de Afdeling in Afd.R. 11.8.1978, AB 1979, 111 moet dan worden begrepen als een manier om aan te duiden dat er niet van een beschikking sprake is; gezien de andere aanduidingen een weinig geslaagde en verwarrende manier.

Enkele opmerkingen zijn nodig over de uitdrukking van de Afdeling dat een raadsbesluit respectievelijk een besluit tot goedkeuring daarvan 'onder deze omstandigheden' als een rechtshandeling naar burgerlijk recht is aan te merken dan wel zich daarin oplost. Deze omstandigheden zijn:

- 1 dat het raadsbesluit op privaatrechtelijk rechtsgevolg is gericht;
- 2 dat het effect van het raadsbesluit het aangaan van een overeenkomst is;
- 3 dat de bezwaren van appellant(en) zich in feite richten op het aangaan van de overeenkomst;
- 4 dat geen publiekrechtelijke weg openstaat waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt en waardoor appellant(en) in een gunstiger positie zou(den) zijn gebracht.

### *Ad 1*

Stellinga vraagt zich in zijn noot onder Afd.R. 11.8.1978, AB 1979, 111 af of een rechtshandeling naar burgerlijk recht wel kan worden gelijkgesteld met een rechtshandeling met een privaatrechtelijk rechtsgevolg. 'En als de Afd. het privaatrechtelijke karakter van het rechtsgevolg naar voren brengt, erkent zij daarmee dan eigenlijk niet, dat het besluit dat karakter niet bezit?' Deze door Stellinga op de van hem bekende wijze retorisch gestelde vraag moet ook naar mijn mening bevestigend worden beantwoord. Kan eigenlijk wel worden gesproken van een privaatrechtelijk rechtsgevolg? Zo ja, wat kan dit dan anders betekenen dan een rechtsgevolg dat als zodanig alleen onderwerp kan uitmaken van een civiel geding?

De subsidiebeschikking echter vestigt ook een privaatrechtelijk rechtsgevolg (namelijk een voor de burgerlijke rechter af te dwingen geldvordering), maar wordt niettemin als beschikking beschouwd. Moet dan niet het rechtsgevolg, maar de aard van de rechtshandeling bepalend zijn? Het probleem daarbij is dat men met het criterium van de rechter voor wie de rechtshandeling onderwerp van geschil kan uitmaken er niet komt, want dat is nu juist bepaald door de aard van de handeling.

Of men een rechtshandeling privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk noemt hangt in wezen af van de optiek van waaruit men naar zo'n handeling kijkt, anders gezegd van de soort bril die men opzet. Artikel 2, lid 2 sub b Wet Arob lijkt daarom niet letterlijk te kunnen worden genomen. Men kan een rechtshandeling vaak zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk bezien: de rechtshandeling zelf is dan 'neutraal', het recht dat men er op van toepassing acht bepaalt of, hoe en bij wie er tegen zo'n handeling kan worden opgekomen. Het is dus eigenlijk onzinnig om te bepalen dat een beschikking geen rechtshandeling naar burgerlijk recht is, hooguit zou de wetgever kunnen bepalen dat tegen een beschikking die óók als een rechtshandeling naar burgerlijk recht kan worden gezien geen Arob-beroep mogelijk is. Dit

heeft de wetgever volgens de rechter echter niet gewild, want een rechtshandeling die mede is gericht op andere dan burgerrechtelijke rechtsgevolgen komt volgens de Afdeling wel degelijk voor de kwalificatie beschikking in aanmerking.

Kortom: de eerste 'omstandigheid' die de Afdeling rechtspraak van belang acht maakt niets duidelijk, maar roept slechts vragen op.

### *Ad 2*

'Het effect van dat raadsbesluit is het aangaan van een overeenkomst van koop en verkoop.' Aldus de voorzitter in Vz.Afd.R. 29.7.1977, tB/S V, p. 107 en Afd.R. 2.2.1978, AB 210. Wat betekent dit nu? Blijkbaar niet dat door het raadsbesluit de overeenkomst is aangegaan - dan zou het raadsbesluit zelf een rechtshandeling naar burgerlijk recht zijn -, maar toch ook niet dat het raadsbesluit automatisch tot gevolg heeft dat de overeenkomst wordt aangegaan?<sup>419</sup> Wat is dan de betekenis van het woord effect? Wanneer men niet, zoals in het voorgaande verdedigd, het raadsbesluit als rechtshandeling naar burgerlijk recht ziet, maar, zoals de Afdeling doet, als iets anders - dat zich in een rechtshandeling naar burgerlijk recht 'oplost' - dan kan eigenlijk niet méér worden gezegd dan dat het raadsbesluit inhoudelijk is verbonden met het aangaan der overeenkomst. Dit zegt echter nog niets over het rechtskarakter van dat besluit.

### *Ad 3*

De Afdeling gaat in theorie nogal vrijmoedig om met de bezwaren van appellanten door deze te vertalen in bezwaren tegen het effect van het besluit waartegen zij in feite bezwaar maken. Het moge praktisch gesproken zo zijn dat de appellant bezwaar heeft tegen een overeenkomst waarbij een overheidsinstantie partij is, formeel richten zijn bezwaren zich toch tegen het raadsbesluit of het goedkeuringsbesluit. Enigszins gechargeerd kan men de Afdeling er van betichten op de bezwaren tegen die besluiten als zodanig ingebracht helemaal niet in te gaan.

### *Ad 4*

De formule 'dat geen publiekrechtelijke weg openstaat waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt en waardoor appellant(en) in een gunstiger positie zou(den) worden gebracht' biedt weinig houvast, want hoe indrukwekkend ze ook moge zijn, enige toepassing heeft ze tot dusver niet of nauwelijks gehad. Overigens zou toepassing in een bepaald geval *niet* zeggen dat dan het raadsbesluit een ander karakter

krijgt, alleen zou zo'n besluit dan als aanwijzing dienen voor het bestaan van een ander, fictief, besluit, namelijk de weigering om een andere rechtshandeling zijnde een beschikking te verrichten. Zie hierover verder § 4.4.

Artikel 2 Wet Arob spreekt van rechtshandelingen naar burgerlijk recht van administratieve organen, niet van lichamen/rechtspersonen. Deze organen/ambten kunnen dus zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke rechtshandelingen verrichten. Waar het nu om gaat is of men een besluit als bedoeld in artikel 2, lid 2 onder b privaatrechtelijk wil bezien - het is dan of een 'voorbereidingshandeling' met slechts interne werking of een rechtshandeling naar burgerlijk recht van het orgaan vóór de rechtspersoon -, dan wel publiekrechtelijk - het is dan een besluit(beschikking!) van het ambt - . Bij het raadsbesluit lijkt er wellicht weinig reden om ook de publiekrechtelijke bril op te zetten, hoewel dat op zichzelf legitiem zou zijn, maar bij het goedkeuringsbesluit is er een belangrijke reden om dat wel te doen. Het kader waarin zo'n besluit wordt genomen, toezicht door een ambt van een meer centraal bestuurslichaam met het oog o.a. op het algemeen belang moet toch een wezenlijke rol spelen in de typing van zo'n besluit.

Het goedkeuringsbesluit wordt onlosmakelijk verbonden gezien met het raadsbesluit en moet deswege voor wat de mogelijkheid van beroep betreft worden geacht met dat besluit op een lijn te staan (Afd.R. 1.12.1977, AB 1978, 229). Met de overeenkomst zelf vormen ze een 'keten', vandaar de term ketentheorie.<sup>420</sup> Hier wordt in feite gesteld, dat vanwege de samenhang der besluiten, het raadsbesluit en het goedkeuringsbesluit door één rechter moeten worden beoordeeld. Ze zijn verschillend maar moeten niettemin 'voor wat de mogelijkheid van beroep betreft' gelijk worden behandeld. Deze redenering is afgezien van juridisch systematische merites helder en uit rechtspolitiek oogpunt verdedigbaar. De keuze van de rechter om een besluit dat voldoet aan de criteria van artikel 2 j° 3 Wet Arob niettemin te behandelen alsof dit niet het geval was is natuurlijk een rechtspolitieke. En het is moeilijk voor de rechter om dit zo duidelijk te stellen, vandaar dat soms een nogal verhullende terminologie wordt gebruikt. Wat echter te denken van de kwalificatie die het goedkeuringsbesluit krijgt in Afd.R. 2.2.1978, AB 210 van een 'noodzakelijk onderdeel van een rechtshandeling naar burgerlijk recht van de gemeente'? Daarbij wordt getracht een theoretische verdediging te geven voor het niet als beschikking beschouwen van het goedkeurings-



besluit. Hiervóór heb ik reeds aangegeven waarom deze poging schipbreuk lijdt: het college van GS kan als provinciaal ambt geen rechtshandeling verrichten voor de rechtspersoon gemeente. Ook werd gesteld dat de opvatting van de Afdeling rechtspolitiek gezien verdedigbaar is. Bij de totstandkoming van de Wet Arob is aan het hier besproken vraagstuk geen aandacht besteed. Het is aannemelijk, dat wanneer de wetgever zich deze problematiek had gerealiseerd er een duidelijker regeling zou zijn gemaakt. Deze zou heel goed conform de opvatting van de Afdeling kunnen zijn. Daarom vind ik - juist vanwege dit wetshistorische 'gat' - de opvatting van de Afdeling verdedigbaar. Er is echter een andere mogelijkheid, die ook te verdedigen valt.

Het standpunt van de Afdeling inzake het op één lijn stellen van raadsbesluit en goedkeuringsbesluit is dogmatisch aanvechtbaar, zoals uit het voorgaande moge blijken. Het goedkeuringsbesluit met name immers heeft ontegenzeggelijk een sterk publiekrechtelijk karakter. In België en Frankrijk wordt zo'n besluit, evenals het raadsbesluit trouwens, los gezien van de overeenkomst als zodanig, als acte détachable, 'afscheidbare' of 'splitsbare akte'.<sup>421</sup> Zo kunnen in een betreffend geval voor de Belgische Raad van State worden bestreden:

- '1 de handeling die de aanbestedingsprocedure beëindigt en die de aannemer aanwijst . . .;
- 2 de voorafgaande beslissing een onderhandse overeenkomst te sluiten . . .;
- 3 de handeling waarbij tot een nieuwe aanbesteding wordt besloten;
- 4 de handeling waarbij de toezichthoudende overheid aan een aanbesteding haar goedkeuring verleent of onthoudt of een gedane gunning vernietigt.'<sup>422</sup>

Het goedkeuringsbesluit heeft, ondanks de band met het raadsbesluit, zo'n eigen karakter, dat toetsing van dat besluit toch met heel andere maatstaven geschiedt dan toetsing van het goed te keuren besluit. Het zou dan ook wat al te simpel zijn om te stellen, dat wanneer de rechter het goedkeuringsbesluit zou toetsen, hij indirect het raadsbesluit dat via artikel 2, lid 2 onder b buiten het bereik van de Arob-rechter zou zijn gehouden toch weer via een achterdeur binnenhaalt.<sup>423</sup> Bij toetsing van het goedkeuringsbesluit gaat het om iets wezenlijk anders dan bij toetsing van het raadsbesluit. Dat niettemin indirect het raadsbesluit daarbij een rol speelt is een feit en on-

getwijfeld de reden waarom de Afdeling de besluiten geheel op één lijn stelt.

‘Onder deze omstandigheden’ moet het oordeel van de Afdeling rechtspraak, dat een raadsbesluit tot het aangaan van een overeenkomst alsmede het besluit tot goedkeuring daarvan onder bepaalde omstandigheden als rechtshandelingen naar burgerlijk recht moeten worden beschouwd verhullend worden genoemd. Misschien is het vanuit de rechter gezien ook heel verstandig om dit te doen. Wanneer men immers probeert een en ander op de snijtafel van de theorie te analyseren, dan blijkt het moeilijk tot overeenstemming te komen of zelfs maar tot een bepaalde consistente visie te geraken.

## 5 Besluiten van algemene strekking

### 5.1 Inleiding

#### 5.1.1 *Algemeen*

Het begrip besluit van algemene strekking als bedoeld in artikel 2 Wet Arob is blijkens de, in het parlement op dit punt niet bestreden, Memorie van Toelichting zeer ruim, het bevat onder meer de algemeen verbindende voorschriften<sup>424</sup> en andere regelingen, besluiten tot goedkeuring en vernietiging daarvan, besluiten die de toepasselijkheid van wetgeving naar tijd en plaats bepalen enz. Met dit begrip heeft de wetgever gemeend een afbakening te geven ten opzichte van beslissingen voor 'concrete gevallen', wat daaronder ook moge worden verstaan. Ook deze afbakening roept echter weer zoveel vragen op, dat het niet zal verbazen dat ook hier de jurisprudentie geen consistent geheel vormt. Wel zijn er hoofd- en zijlijnen aan te geven en in dit hoofdstuk is getracht dat te doen.

Waarom heeft de wetgever eigenlijk besluiten van algemene strekking willen uitzonderen? Aan deze vraag wordt aandacht besteed in § 5.2 alsmede in hoofdstuk 6, waarin de balans wordt opgemaakt. Daar zal ook worden ingegaan op de gedachte dat deze uitzondering zou moeten verdwijnen.<sup>425</sup> Ook het verband van (het verdwijnen van) deze uitzondering met de beperking van het beroep tot belanghebbenden vindt daar behandeling.

In dit hoofdstuk ligt het accent op de analyse van de Arob-jurisprudentie. In paragraaf 5.3 wordt uiteengezet welke criteria de rechter gebruikt om beschikkingen van besluiten van algemene strekking te onderscheiden: drie algemene criteria, adressaats-, zaaks- en samenhangcriterium en één dat alleen bij bepaalde besluiten wordt gebruikt, het doelcriterium. In de verschillende onderdelen van deze paragraaf worden aan genoemde criteria, alvorens de jurisprudentie wordt behandeld, enkele algemene beschouwingen gewijd. Er wordt

in dit hoofdstuk niet ingegaan op mogelijke andere criteria. Deels gaan deze op in de criteria die de Afdeling hanteert (onderscheiding naar gebied<sup>426</sup> gaat op in zaakscriterium), deels komen ze in het slot-hoofdstuk nog aan de orde.<sup>427</sup> In § 5.4 tenslotte is, juist als in het vorige hoofdstuk, aandacht besteed aan het door de Arob-rechter hanteren van de zogenaamde ketentheorie.

### *5.1.2 De verhouding tot de overige elementen van artikel 2*

Nu de andere elementen van artikel 2 zijn behandeld is het moment aangebroken iets te zeggen over de structuur van artikel 2, over de verhouding van de verschillende elementen ten opzichte van elkaar, voor zover dat niet eerder is gebeurd. Met name van belang is de vraag of de al dan niet algemene strekking van een besluit los wordt gezien van de vraag of het besluit een rechtshandeling is en zo ja, een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke. Uit de jurisprudentie valt geen duidelijk antwoord af te leiden voor de eerste, maar wel voor de tweede vraag. Wat men ook precies onder algemene strekking verstaat, de opbouw van artikel 2 is aldus, dat primair een onderscheid wordt gemaakt tussen rechtshandelingen en feitelijke handelingen; secundair is de verwijdering uit de groep rechtshandelingen (schriftelijke, afkomstig van een administratief orgaan) van die rechtshandelingen die burgerrechtelijk zijn of van algemene strekking. In een aantal uitspraken volgt de Arob-rechter deze volgorde expliciet en getuigt hij zelfs van het normatieve karakter ervan.

In Afd.R. 20.2.1981, Gem.stem 6679, 4, tB/S V, p. 846, merkte de Afdeling in het kader van de vraag of vaststelling van bepaalde richtwaarden van algemene strekking was, het volgende op: 'In verband met de vraag of het onderhavige besluit een beschikking is . . . dient echter primair te worden nagegaan of dit besluit is gericht op enig rechtsgevolg.' En in Afd.R. 28.2.1984, tB/S V, 334, betreffende de goedkeuring van een niet op rechtsgevolg gerichte beleidsnota, weshalve ook de goedkeuring niet op rechtsgevolg was gericht, werd de niet-ontvankelijkverklaring door de minister vernietigd, omdat deze in de goedkeuring een besluit van algemene strekking zag, in plaats van een niet op rechtsgevolg gericht besluit. De Afdeling liet vervolgens de gevolgen van het bestreden besluit in stand: het resultaat was immers in beide gevallen gelijk.

In een aantal voorzittersuitspraken was er van het volgen van een volgorde als bedoeld geen sprake. In Vz.Afd.R. 3.8.1977, AB 393 werd een mededeling inzake het te voeren subsidiebeleid, zonder enig

rechtsgevolg, als besluit van algemene strekking aangemerkt. De vaststelling van het 'sociaal-kultureel programma voor de gem. Rijsen voor het jaar 1982' gaf slechts beleidsvoornemens weer, bevatte geen beschikkingen. Niettemin: 'De vaststelling van dit beleidsprogramma voor het jaar 1982 dient naar Ons aanvankelijk oordeel te worden aangemerkt als een besluit van algemene strekking.' (Vz.Afd.R. 8.6.1982, AB 1983, 139). Soms ook blijkt een combinatie uit de stelling dat als het bestreden besluit al op rechtsgevolg is gericht, het van algemene strekking is. Zie bijvoorbeeld Vz.Afd.R. 5.2.1980, tB/S V, p. 568. (Het besluit in kwestie was overigens gedeeltelijk zeker niet op rechtsgevolg gericht). Bij het besluit tot benaming van enkele woongebiedjes werd eenvoudig niet gerept van het wel of niet op rechtsgevolg gericht zijn (een en ander hangt af van het wel of niet bestaan van een APV-bepaling terzake, zie § 3.3.3.1) en werd zonder meer een besluit van algemene strekking aangenomen (Wnd.Vz.Afd.R. 3.9.1981, tB/S V, 239, Gem.stem 6699, 5). Van een verkeerscirculatieplan dat niet op rechtsgevolg was gericht, werd, nadat dit reeds tot het niet aannemen van een beschikking had geleid, ten overvloede gezegd: 'Overigens is bedoeld besluit tevens aan te merken als een besluit van algemene strekking.' (Vz.Afd.R. 5.11.1979, tB/S V, 147).

Of het verschil in benadering tussen Afdeling en voorzitter systematisch is of toevallig valt niet met zekerheid te zeggen, maar goed voorstelbaar is, dat de voorzitter, gelet op de korte tijdsspanne die hem doorgaans is gegund en op de voorlopigheid van zijn beslissing, het zekere voor het onzekere kiest en daarvoor een principiële benadering, als die van de Afdeling, prijsgeeft. De benadering van de Afdeling verdient niet alleen om esthetische redenen de voorkeur. De door haar gebruikte volgorde maakt de rechtspositie van appellant duidelijk, bij de voorzitter hoeft dat niet het geval te zijn, al is er daar hoe dan ook slechts van een voorlopig oordeel over de rechtspositie sprake.

Over de 'samenloop' van het besluit van algemene strekking en de rechtshandeling naar burgerlijk recht bestaat wel eenstemmigheid. De twee uitzonderingsgronden van artikel 2, lid 2 Wet Arob sluiten elkaar niet uit. Besluiten die als privaatrechtelijke rechtshandeling moeten worden beschouwd kunnen tevens van algemene strekking zijn. Men denke maar aan een openbaar aanbod tot het sluiten van een overeenkomst. Bedoelde samenloop werd uitdrukkelijk erkend in Wnd.Vz.Afd.R. 14.12.1981, tB/S V, 246 inzake het besluit tot hef-

fing van een waarborgsom bij de inschrijving als woningzoekende<sup>428</sup>, alsmede in Afd.R. 4.11.1982, Gem.stem 6757, 9, inzake de weigering met een rechtspositieregeling in te stemmen.

In de terugbetalingskwestie Gronsveld (zie § 5.4) werd het besluit om alle op grond van de Bijdrageregeling ingevorderde bedragen terug te betalen een besluit van algemene strekking geacht. Niemand zal toch echter willen betwijfelen, dat de terugbetaling - en op grond van de ketentheorie ook het besluit daartoe - als een privaatrechtelijke rechtshandeling moet worden gezien.

Voor de vaststelling van de afwezigheid van een beschikking is deze samenloop niet van groot belang. Waar bij de rechtshandeling naar burgerlijk recht nog twijfel was - deze kan immers tegelijk een beschikking zijn - sluiten besluit van algemene strekking en beschikking elkaar uit. Wanneer er sprake is van bedoelde samenloop is er dus hoe dan ook geen beschikking, reeds omdat er een besluit van algemene strekking is. Of dat besluit publiek- of privaatrechtelijk van aard is doet voor de beschikkingsvraag niet terzake.<sup>429</sup>

De beschouwingen van Tak op dit punt kan ik niet volgen.<sup>430</sup> Hij beschouwt de aangehaalde uitspraak van de waarnemend voorzitter als 'gedurfd' en ziet een ontwikkeling waarin 'de finale stap is, dat bepaalde besluiten van privaatrechtelijke rechtspersonen tot pure besluiten van algemene strekking zouden worden verklaard.' De vraag of een besluit wel of niet algemene strekking heeft staat toch los van de vraag wie het besluit neemt. Dat artikel 2 Wet Arob in lid 2 alleen de besluiten van algemene strekking van publiekrechtelijke organen uitzondert is omdat lid 1 slechts over die organen spreekt; besluiten van andere organen of instellingen zijn dus al geen beschikking op grond van lid 1. Dit betekent echter niet dat zij geen besluiten van algemene strekking kunnen nemen. Welk verband Taks opmerkingen hebben met de mogelijk toekomstige vatbaarheid voor Arob-beroep van die besluiten vermag ik niet in te zien. Ook in het door hem voorgestane ius constituendum, waarin de beperking van artikel 2 tot overheidsbesluiten vervalt, blijven besluiten van algemene strekking uitgezonderd. Als het er Tak uitsluitend om zou gaan te betogen dat een besluit voor meerdere typeringen vatbaar is, is er niets nieuws onder de zon. De privaatrechtelijke rechtsverhouding verandert echter niet van karakter doordat het besluit (van algemene strekking) ook andere soortgelijke rechtsverhoudingen schept.

## 5.2 Parlementaire geschiedenis

Ten aanzien van de uitzondering van besluiten van algemene strekking is er geen verschil tussen artikel 2 Wet Bab en artikel 2 Wet Arob.<sup>431</sup> Wat in de parlementaire stukken over artikel 2 Wet Bab is te vinden zou dus enige aanwijzingen kunnen bevatten aangaande de (wetshistorische) interpretatie van artikel 2 Wet Arob.<sup>432</sup>

In de Memorie van Toelichting bij het ontwerp-Bab wordt gesteld dat artikel 2, lid 2 het beroep tegen algemeen bindende regelen uitsluit.<sup>433</sup> Op de vraag in het Voorlopig Verslag II of met algemeen verbindende voorschriften dan hetzelfde wordt bedoeld als met besluiten van algemene strekking antwoordde de regering: 'De uitdrukking "besluiten van algemene strekking" is ruimer dan "algemeen verbindende voorschriften": de goedkeuring van een verordening is wel een besluit van algemene strekking, maar geen algemeen verbindend voorschrift.'<sup>434</sup>

In het Voorlopig Verslag II over het ontwerp-Arob werd de vraag gesteld of de bepaling inzake besluiten van algemene strekking niet - als zijnde overbodig en wellicht zelfs ongewenst beperkend - kon worden gemist en wanneer de regering algemene strekking aanwezig achtte. In de Memorie van Antwoord II merkte de regering op, dat met het ontwerp rechtsbescherming voor beslissingen in individuele gevallen werd nagestreefd.<sup>435</sup> Beslissingen waarmee rechten of verplichtingen in het leven worden geroepen, worden gewijzigd of vervallen voor één of een beperkt aantal aanwijsbare natuurlijke of rechtspersonen met uitsluiting van anderen en niet voor groepen die in hun geheel en in abstracto worden aangeduid. Beslissingen die dit individueel werkende effect niet hebben zijn algemene regelingen, maar ook besluiten tot goedkeuring daarvan. 'Andere voorbeelden zijn besluiten tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van een besluit houdende algemeen verbindende regels, tot aanwijzing, ingevolge een daartoe strekkende delegatie in een besluit houdende algemeen verbindende regels, van bepaalde gebieden ten aanzien waarvan die regels zullen gelden, besluiten tot het algemeen verbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten en dergelijke.' Met name de passage over gebiedsaanwijzingen is met het oog op de nog te bespreken jurisprudentie interessant. Ook de nadruk die wordt gelegd op wat hierna met de term adressaatscriterium wordt aangeduid is van groot gewicht. Omdat het begrip beschikking in de rechtstheorie niet eenduidig is, aldus de regering, is de bepaling inzake besluiten van algemene strekking nodig 'om aan te geven dat het gaat om rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid met betrekking tot de vaststel-

ling, etc. van de rechtsverhouding in individuele gevallen.'

Dit is al hetgeen de wetsgeschiedenis over de betekenis van het begrip 'besluit van algemene strekking' te bieden heeft. De achterliggende vraag waarom de regering de rechtsbescherming door de Arob-rechter wilde beperken tot beslissingen voor individuele gevallen is - afgezien van de weinig zeggende, apodictische stelling in de Memorie van Antwoord II, 'De bescherming van de belangen van de burger met betrekking tot besluiten van algemene strekking behoort veeleer gezocht te worden in controle door de betreffende vertegenwoordigende lichamen dan bij een administratieve rechter.' - in het geheel niet aan de orde geweest.

De Bab-wetgever had voor de uitzondering van besluiten van algemene strekking wel argumenten gegeven: alle lagere (niet-formele) wetgeving is onderworpen aan rechterlijke toetsing en de totstandkoming van dergelijke wetgeving is met waarborgen omringd, zoals de openbare behandeling en bij algemene maatregelen van bestuur het horen van de Raad van State. Steenbeek heeft er al op gewezen, dat deze argumenten niet sterk zijn en in veel gevallen (gedelegeerde wetgeving) genoemde waarborgen niet bestaan.<sup>436</sup> En wat betreft het toetsingsrecht van de gewone rechter: uit het feit dat deze in het bestaan van zekere waarborgen geen beletsel ziet om lagere wetgeving o.a. aan de artikel 1401 BW-norm te toetsen<sup>437</sup> kan men ook de conclusie trekken, dat dan ook de administratieve rechter dit toetsingsrecht maar moet worden gegeven.<sup>438</sup> Noch bij de behandeling van het ontwerp-Bab, noch bij die van het ontwerp-Arob is aan dit vraagstuk aandacht besteed buiten hetgeen hier reeds werd gememoreerd.

### 5.3 Criteria voor het onderscheid tussen beschikking en besluit van algemene strekking

#### 5.3.1 *Inleiding*

Het belangrijkste criterium is het adreassaatscriterium.<sup>439</sup> Het gaat daarbij om de vraag of de adressaten van het besluit een gesloten kring vormen. Sommige besluiten echter lijken geen adreassaatscriterium te hebben, zoals besluiten die de rechtstoestand van een object bepalen. Er zijn echter ook dan adressaten, degenen die aan die rechtstoestand rechten of plichten ontnemen, maar dit 'verschil' heeft er toe geleid, dat de Arob-rechter niet met het adreassaatscriterium heeft willen volstaan en een tweede criterium, het zaakscriterium, hanteert.



Daarbij gaat het om een beperking naar omvang en aantal der objecten. Het met hantering van dit tweede criterium gepaard gaande probleem is dat het tot een andere uitkomst kan leiden dan het adressaatscriterium. Uit de jurisprudentie wordt niet, zeker niet steeds, duidelijk waarom in het ene geval dit, in het andere geval dat criterium beslissend is.

Nog een derde criterium hanteren de Afdeling en haar voorzitter, het samenhangcriterium. Anders dan de vorige twee speelt dit criterium eigenlijk pas een rol wanneer een van de andere twee tot het aannemen van een beschikking heeft geleid. De vraag die resteert en aan de hand van het samenhangcriterium moet worden beantwoord is of de beschikking niet zozeer samenhangt met andere beschikkingen of met de rest van het grotere besluit waarvan de bestreden beschikking deel uitmaakt, dat deze daarvan niet los kan worden gezien en derhalve niet voor aparte rechterlijke beoordeling in aanmerking komt. De kritiek hierop wordt gevormd door de constatering dat hier niet zozeer de juridische typering van het besluit maar zijn inhoud aan de orde wordt gesteld. Waar de rechter dit criterium zelfstandig hanteert, los van (een van) de andere twee, is deze kritiek des te sterker.

In het kader van enkele besluiten ingevolge de Wet op de Ruimtelijke Ordening - welke besluiten vanwege hun praktische belang in aparte, aansluitende, paragrafen bespreking vinden - wordt nog een vierde criterium gehanteerd: het doelcriterium. Daarbij wordt nagegaan of met het besluit een specifiek doel wordt beoogd. Omdat dit criterium niet algemeen wordt gebruikt en omdat het vrijwel uitsluitend in samenhang met het zaakscriterium wordt gebruikt, wordt het doelcriterium niet als zelfstandig vierde criterium behandeld.

### *5.3.2 Het adressaatscriterium*

#### *5.3.2.1 Algemeen*

De Arob-rechter hanteert enkele, reeds klassieke overwegingen ter onderscheiding van besluiten van algemene strekking en beslissingen voor individuele gevallen. In Wnd.Vz.Afd.R. 10.1.1978, tB/S V, p. 202 wordt overwogen: 'Het bestreden besluit roept daarmee in zijn beide onderdelen rechtsgevolgen in het leven voor een niet bepaalde of bepaalde groep van personen, en is derhalve naar Ons aanvaankelijk oordeel een besluit van algemene strekking.' In Vz.Afd.R. 29.11.1977, tB/S V, p. 185 wordt gesteld: 'Genoemde ziektekostenregeling strekt zich aldus uit over groepen natuurlijke en rechtspersonen die slechts in hun geheel en in abstracto worden aangeduid.'

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie der EEG vinden we vergelijkbare overwegingen. In twee uitspraken van 14.12.1962, in de zaken 16 en 17/62 en de zaken 19 t/m 22/62, Jurisprudentie van het Hof van Justitie, deel VIII, 1962, p. 947 e.v. en p. 989 e.v. wordt overwogen (respectievelijk op p. 958 en p. 999): 'dat de beschikking voornamelijk daardoor wordt gekenmerkt, dat de kring dergenen, voor wie zij is bestemd, beperkt is, terwijl de verordening, die in de eerste plaats een normatief karakter draagt, niet van toepassing is op een beperkt aantal met name genoemde of bepaalde natuurlijke of rechtspersonen, doch op groepen, die in hun geheel en in abstracto worden aangeduid.'

En in het KB 23.5.1972, nr. 32 K/vM, jur.besch. p. 133 overweegt de Kroon in Bab-beroep: 'dat derhalve de bestreden beschikking niet beoogt rechten of verplichtingen in het leven te roepen voor een beperkt aantal aanwijsbare natuurlijke of rechtspersonen met uitzondering van anderen doch voor groepen die in hun geheel en in abstracto worden aangeduid;'

Uit de overwegingen van Hof van Justitie en Kroon moge blijken dat in hun jurisprudentie die van de Arob-rechter op dit punt is geworteld.

Terug naar de Arob-jurisprudentie. Hierna volgen nog enkele andere maar vergelijkbare overwegingen ter aanduiding van hetgeen in deze paragraaf met de term adressaatscriterium wordt bedoeld:

- Afd.R. 23.10.1979, tB/S V, 145: 'een veel grotere groep van personen dan uitsluitend degenen die . . . eigenaar zijn van de desbetreffende percelen . . .';
- Afd.R. 10.12.1979, tB/S V, 153: 'een naar identiteit onbepaalbare groep personen.' (Idem in Vz.Afd.R. 4.9.1984, tB/S V, p. 1499);
- Afd.R. 16.2.1978, AB 479: 'een tevoren bepaalde of naar aantal en identiteit bepaalde kring van personen';
- Afd.R. 12.7.1984, tB/S V, p. 1446: '... dat deze ontheffing . . . een duidelijk bepaalde groep van personen betreft.'

Het adressaatscriterium betreft de adressaat of adressaten van het besluit. Uit genoemde uitspraken kan worden afgeleid, dat wil er van een beschikking sprake kunnen zijn de beslissing moet zijn gericht tot hetzij een bepaalde persoon, hetzij bepaalde personen, hetzij een bepaalde groep van personen, hetzij een bepaalde groep van personen, dan wel een combinatie hiervan. Wat opvalt is dat de rechter niet van adressaten of geadresseerden spreekt maar van personen.

Er zijn echter ook adressaten die géén (natuurlijke of rechts)persoon zijn! Zo is een ambt geen natuurlijke of rechtspersoon; dat het ambt geadresseerde kan zijn is inmiddels volstrekt duidelijk. Tot wie anders dan B & W zou bijvoorbeeld de verklaring van geen bezwaar ex artikel 50, lid 8 Woningwet gericht kunnen zijn? Waar het ambt persoon wordt genoemd<sup>440</sup> betreft het een publiekrechtelijk persoonsbegrip. Het ambt, als persoon, is de drager van publiekrechtelijke bevoegdheden en plichten, niet de bekleder(s) van het ambt. (Een besluit ten aanzien van een ambtsdrager als zodanig is dan ook van algemene strekking nu dit ziet op alle huidige en toekomstige - naar identiteit onbepaalbare - personen die het ambt (zullen) bekleden). Dit persoonsbegrip ware wel te onderscheiden van het privaatrechtelijk persoonsbegrip, de natuurlijke en rechtspersoon. Het is dit laatste begrip dat de rechter in zijn adressaatscriterium - dat daarom niet ten onrechte vaak persoonscriterium wordt genoemd - hanteert en waaronder het ambt niet lijkt te vallen. Toch blijkt uit de jurisprudentie dat ook het ambt adressaat kan zijn.

En wanneer een gemeente wordt aangewezen als gemeente waarin de burgemeester tevens de bediening van secretaris vervult (artikel 2, lid 2 gemeentewet) wordt de rechtsgemeenschap aangewezen, is deze de adressaat, niet de rechtspersoon gemeente. Bij een dergelijke aanwijzing is de rechtspersoonlijkheid van de gemeente niet relevant. In Afd.R. 20.8.1979, tB/S V, 133, waarin de weigering een dergelijke aanwijzing te geven aan de orde was, overwoog de Afdeling: 'De rechtsgevolgen van een zodanige weigering betreffen de gemeente, die als zodanig geadresseerde is van het besluit.' Ook het besluit ingevolge artikel 4a, lid 10 Woonwagewet - het 'op termijn stellen' van gemeenten die niet uit zichzelf het in het provinciaal woonwagewetplan aangegeven aantal standplaatsen willen realiseren - richt zich tot gemeenten (ook al kunnen woonwagewagewoners bij zo'n besluit belang hebben (Afd.R. 5.8.1983, Gem.stem 6761,9). En waarom zou een groep mensen die zich voor een bepaald doel inspannen zonder als groep rechtspersoonlijkheid te hebben geen (subsidie-)beschikking kunnen krijgen?

Een en ander brengt mee dat het, juist ook gelet op de Arob-jurisprudentie, zuiverder zou zijn te spreken van adressaten of geadresseerden zonder meer, niet geadresseerden als personen. Het adressaatscriterium kan dan worden omschreven als het al dan niet gericht zijn van de beschikking tot een of meer naar identiteit bepaalde of bepaalde geadresseerden. Is deze gerichtheid er, dan is voldaan aan het adressaatsvereiste.

Zijn er een, twee of vijf adressaten, dan zal niemand met de toepassing van dit criterium moeite hebben, maar wanneer er honderd zijn, of duizend? Het aantal lijkt in deze geen doorslaggevende rol te mogen spelen. De eis van bepaaldheid of bepaalbaarheid houdt wel in dat er van een 'gesloten kring' sprake moet zijn: op het moment van het nemen van de beschikking moeten de namen van de adressaten zijn vast te stellen. Geldt het besluit ook toekomstige, onbekende adressaten, dan is de kring dus niet gesloten. Of een dergelijk criterium voldoende omljnd is om er het onderscheid beschikking - besluit van algemene strekking op te baseren zal bij de hierna volgende bespreking van de Arob-jurisprudentie worden onderzocht.

### 5.3.2.2 *De toepassing van het adressaatscriterium (algemeen)*

Hierna volgen uitspraken waarin aan de hand van het adressaatscriterium tot de aanwezigheid van een besluit van algemene strekking wordt geconcludeerd.<sup>441</sup>

Een beroep tegen de wijziging van een subsidieregeling werd niet-ontvankelijk verklaard. De regeling - en dus ook de wijziging - was een besluit van algemene strekking, omdat 'een ieder, mits aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, voor toekenning van subsidie op grond van de Aankoopsubsidieregeling kunstwerken 1977 in aanmerking kan komen.' (Afd.R. 8.6.1978, tB/S V, p. 287). Een schrijven van de Staatssecretaris van CRM aan de besturen van de gesubsidieerde instellingen voor vormings- en ontwikkelingswerk in internaatsverband dat een verduidelijking van de subsidieregeling inhoudt - onregelmatigheidstoeslagen zijn niet subsidiabel - is van algemene strekking, zo deze verduidelijking al op enig rechtsgevolg zou zijn gericht (m.a.w. wanneer de verduidelijking in feite een wijziging zou zijn). (Vz.Afd.R. 29.1.1980, tB/S V, p. 568).

Een regeling inzake landingsgelden (voor het luchtvaartterrein te Budel) richt zich 'tot al degenen die deelnemen aan het openbare burgerlijke luchtverkeer en willen gebruik maken van de betrokken luchthaven.' (Vz.Afd.R. 19.5.1982, AB 481). Een niet vast te stellen aantal personen, een 'open kring' dus. Overbodig is dan ook de vermelding van het feit dat de regeling een onbeperkte geldingsduur heeft en verschillende tarieven betreft.

In het geschil dat leidde tot de reeds genoemde uitspraak van 29.11.1977, tB/S V, p. 185 (gedaan ex artikel 78 Wet RvS) diende de voorzitter te beoordelen of een bepaalde ziektekostenregeling in een CAO, aangegaan door de Vereniging nationale ziekenhuisraad enerzijds en 17 werknemersorganisaties anderzijds, wel of niet van alge-

mene strekking was. De voorzitter meende van wel omdat de regeling 'groepen natuurlijke en rechtspersonen die slechts in hun geheel en in abstracto worden aangeduid' betrof, anders gezegd 'een algemene categorie personen'. In zijn aantekening merkt Steenbeek op: 'Wie tot die categorie behoren is weliswaar in concreto (uiteraard) bepaalbaar maar dat is niet zodanig bepaald dat de betrokken personen als persoonlijk geadresseerden kunnen worden beschouwd'. Hij maakt een onderscheid tussen bepaaldheid en bepaalbaarheid dat in de Arob-jurisprudentie *niet* wordt gemaakt: bepaalbaarheid is voldoende, bepaaldheid is dat dan a fortiori. De ziektekostenregeling geldt niet alleen voor de werknemers die op het moment van verbindend worden bij de betrokken organisaties in dienst zijn (en wie dat zijn is bepaalbaar), maar óók voor hen die na die datum in dienst treden. De kring is niet gesloten en daarom is niet voldaan aan het adressaatsvereiste. Dat de 'voor een beschikking nodige individualiteit en de daarop ook afgestemde belangenafweging' ontbreken, aldus Steenbeek, moge misschien waar zijn, maar wordt door de rechter niet als reden aangevoerd.

Hierna volgt een drietal uitspraken betreffende besluiten tot het samenvoegen van waterschappen.

In Afd.R. 4.9.1980, Gem.stem 6647, 10 wordt zo'n besluit waarbij tevens nieuwe reglementen zijn vastgesteld een besluit van algemene strekking geacht 'gezien het verordenende karakter van het bestreden besluit'. Dit slaat natuurlijk op de nieuwe reglementen. Ook in de zaak die leidde tot de uitspraak Vz.Afd.R. 18.6.1980, tB/S V, 186 zullen dergelijke reglementen in het geding zijn geweest, nu de voorzitter de algemene strekking aanneemt 'reeds omdat dit besluit een aantal algemeen verbindende voorschriften bevat'.

Bij de vereniging van enkele waterschappen tot het waterschap 'De Waterlanden' werden door provinciale staten beschikkingen getroffen ingevolge artikel 14, lid 1 Waterstaatswet 1900 omtrent bezittingen en schulden van de verenigde waterschappen. Deze beschikkingen werden neergelegd in overgangsbepalingen bij het nieuwe door provinciale staten vastgestelde reglement. Volgens de Afdeling 'omvatten de overgangsbepalingen . . . een besluit van algemene strekking' omdat 'zij geen rechtsverhouding in een individueel geval vaststellen maar zich richten tot alle betrokken waterschappen, die in hun geheel zijn aangeduid'. (Afd.R. 2.3.1982, AB 274). De Afdeling wil toch niet beweren dat niet exact bepaald was welke waterschappen het betreft? Waar de reglementen zich tot ambten en/of burgers richten<sup>442</sup> zijn deze 'gezien het verordenende karakter' van algemene

strekking. Beschikkingen (!) als bedoeld in artikel 14 Waterstaatswet 1900 die tot de waterschappen zelf zijn gericht, zouden naar mijn mening als Arob-beschikkingen moeten worden beschouwd, omdat deze besluiten als adressaten een zeer bepaald aantal als zodanig (naar identiteit) bekende waterschappen hebben.

Herhaaldelijk heeft de Afdeling laten blijken de naam van een besluit niet doorslaggevend te achten. Opmerkelijk was daarom, dat de vrijstelling van de in artikel 2, lid 1, onder b en c van de Winkelsluitingswet 1976 vervatte verboden voor één bepaalde winkel, verleend in de vorm van een verordening, niet als beschikking werd beschouwd. (Afd.R. 15.7.1980, tB/S V, 191).

Volgens de Winkelsluitingswet kan de raad een meer algemene vrijstelling verlenen. Blijkens de Memorie van Toelichting is daarbij niet gedacht aan vrijstelling voor een of enkele winkels, maar voor bepaalde delen van de gemeente. Daarnaast kunnen B & W, daartoe door de raad bevoegd gemaakt, in individuele gevallen ontheffing verlenen.<sup>443</sup> De raad geeft hier in feite een ontheffing voor een concreet geval. Strikt genomen - d.w.z. het adressaatscriterium strikt genomen - is hier een besluit van algemene strekking. Het verbod van de Winkelsluitingswet om winkels buiten de wettelijke openingstijden geopend te hebben richt zich tot een ieder. Voor een bepaalde winkel wordt dit verbod voor een ieder opgeheven. Dat op het moment van het raadsbesluit de winkel door twee in de verordening met name genoemde personen werd geëxploiteerd doet hieraan niet af: wanneer de winkel een dag later een andere exploitant krijgt blijft de vrijstelling van het verbod gewoon van kracht.

In een aantal uitspraken neemt de rechter een beschikking aan. Bij sommige daarvan zou consequente hantering van het adressaatscriterium naar mijn oordeel een besluit van algemene strekking hebben moeten opleveren.

Toen de Minister van CRM nadere voorwaarden stelde aan de subsidiëring van symfonieorkesten zag de Afdeling in het betreffende besluit geen besluit van algemene strekking. Het besluit betrof de - d.w.z. alle - van rijkswege gesubsidieerde symfonieorkesten, die ook alle met name waren genoemd. Er is sprake van een aantal naar identiteit bepaalde (rechts)personen. Of men in zo'n geval van één beschikking met meerdere adressaten of van een bundel beschikkingen spreekt, is slechts een kwestie van terminologie. (Afd.R. 13.6.1978, tB/S V, p. 294). Het is trouwens vaak zo dat meerdere instellingen te-

gelijk op basis van eenzelfde regeling met vergelijkbare (geen gelijke) subsidiebeslissingen worden geconfronteerd. Dat doet aan het beschikkingskarakter van die beslissingen ten aanzien van die individuele instellingen niets af, zo leert ons ook Afd.R. 17.10.1978, tB/S V, 108. Heel expliciet - op een heel ander terrein overigens - werd een bundel of verzameling beschikkingen aangenomen bij een onteigeningsbesluit dat het gemeentebestuur de bevoegdheid gaf 'de, met naam en toenaam bekende, eigenaren voor bepaalde exact aangeduide percelen te dagvaarden . . .'. (Afd.R. 22.9.1981, AB 588).

Terug naar de orkesten. Verschilt dit geval nu wezenlijk van dat waarin de Staatssecretaris van CRM de gesubsidieerde instellingen voor vormings- en ontwikkelingswerk in internaatsverband aanschreef over subsidievoorwaarden? Aannemende dat daar rechtsgevolgen in het geding waren, die instellingen zijn toch ook met name bekend? En in de orkestencasus komt het schrijven toch ook neer op wijziging van de subsidieregeling? Het verschil zit hierin dat het schrijven van de staatssecretaris ook van toepassing is op nog op te richten instellingen - heel algemeen werd immers gesteld dat onregelmatigheidstoelagen niet subsidiabel zijn -, terwijl de orkesten in het schrijven een gedifferentieerde 'behandeling' krijgen: voor elk orkest wordt aangegeven 'het aantal musici dat de subsidiabele bezetting van elk der orkesten vormt, de kosten waarover subsidie wordt verstrekt en het percentage van die kosten dat door rijkssubsidie wordt gedekt.' Dit schrijven kan niet worden toegepast op in de toekomst eventueel nog te subsidiëren nieuwe orkesten. De kring is dus gesloten.

We blijven nog even bij de subsidiëring. Diverse malen heeft de Afdeling zich uitgesproken over het karakter van welzijnsplannen, beleidsprogramma's sociaal-culturele activiteiten e.d. Daarbij gaat het allereerst om de reeds behandelde vraag naar het definitieve karakter en daarmee naar het bestaan van rechtsgevolgen. Wordt die vraag bevestigend beantwoord dan kan er sprake zijn van een bundel beschikkingen. Kan, want het samenhangcriterium kan dan roet in het eten gooien. Zie daarover verderop in dit hoofdstuk. Een bundel beschikkingen werd aangenomen in Afd.R. 13.11.1981, AB 1982, 206, tB/S V, 245 (Zeist) en Afd.R. 19.4.1982, AB 355, Gem.stem 6720,4 (Middelburg).

In hoofdstuk 3 is al aan de orde geweest de uitspraak Afd.R. 16.10.1981, tB/S V, 243 waarin de weigering op voorhand een woonvergunning te verlenen ten aanzien van alle potentiële kopers van be-

paalde huizen die niet aan zekere vestigingseisen zouden voldoen een beschikking bleek. Van dezelfde datum is de uitspraak Afd.R. 16.10.1981, Gem.stem 6705, 4 met overwegingen van gelijke strekking. De weigering op voorhand bij de overdracht van een horecabedrijf naar een nieuwe ondernemer op verzoek van de huidige ondernemer ontheffing van het sluitingsuur te verlenen aan de nog onbekende nieuwe ondernemer werd eveneens een beschikking geacht, hoewel zeer velen die nieuwe ondernemer kunnen zijn en deze met andere woorden (nog) niet naar identiteit bepaald is. (Vz.Afd.R. 22.1.1985, AB 298). En in een uitspraak van 26.2.1979, AB 418 merkte de Afdeling een ontheffing, ten einde een woning als recreatiewoning te mogen gebruiken, die ten behoeve van de nog onbekende volgende eigenaar werd gevraagd, aan als beschikking. Dat de huidige eigenaar een duidelijk belang heeft bij zo'n ontheffing is vanzelfsprekend, ook in de vorige gevallen. Maar dat zegt niets over de adressaat van het ontheffingsbesluit.<sup>444</sup>

Bepaald niet voor de hand liggend - gelet op het adressaatsvereiste - werd een beschikking aangenomen in Afd.R. 12.7.1984, tB/S V, p. 1445, AB 1985, 500. Door de Minister van Defensie was ontheffing verleend van een verbod voor gezagvoerders van luchtvaartuigen een luchtvaartterrein te gebruiken in strijd met bepalingen en voorschriften bij KB gesteld. Deze ontheffing werd verleend 'aan de gezagvoerders van zweefvliegtuigen en van voor het slepen van zweefvliegtuigen te benutten vliegtuigen van de K.N.V.L. en van de bij deze vereniging aangesloten verenigingen, alsmede aan de leden van de K.N.V.L. die optreden als gezagvoerder van zweefvliegtuigen.' Deze ontheffing betreft slechts 'een duidelijk bepaalde groep van personen'. Ik zie echter niet hoe de Afdeling hier een gesloten kring aanwezig kan achten. Een ieder, mits voldoende aan bepaalde vereisten - diploma's, lid van bepaalde vereniging - kan toch tot het edele gilde van gezagvoerders van zweefvliegtuigen gaan behoren? Dat op het moment van de beslissing tot vrijstelling het aantal bepaald (en beperkt) is kan toch niet doorslaggevend zijn?

In het volgende geval is het betreffende besluit ook weer praktisch op een enkele persoon gericht, doch formeel gesproken tot een ieder. De wijziging van de 'beschikking' tot aanwijzing van een terrein tot luchtvaartterrein (artikel 27, lid 1 Luchtvaartwet) was weliswaar in algemene bewoordingen gesteld, aldus de voorzitter, maar was duidelijk toegesneden op het gebruik dat een bepaalde belanghebbende van de luchthaven wenste te maken. Tussen de luchthaven (Luchthaven Zuid-Limburg) en die belanghebbende was 'een vrijwel exclusief con-



tract' gesloten. De voorzitter achtte daarom een beschikking aanwezig. (Vz.Afd.R. 28.7.1981, tB/S VIII, 57). Ook hier kan de situatie zich echter wijzigen en is de kring niet gesloten. In Vz.Afd.R. 25.7.1985, tB/S V, 377, heeft het besluit tot verruiming van het gebruik van hetzelfde luchtvaartterrein blijkbaar op een, praktisch gesproken, minder duidelijk herkenbare adressatenkring betrekking. De voorzitter merkt dit besluit dan ook als van algemene strekking aan. Hier is niets dogmatisch, maar ook niets systematisch aan: er wordt puur gekeken naar de op een bepaald moment (namelijk van het nemen van het besluit) aanwezige situatie. Dat die situatie kan veranderen terwijl het besluit onverkort blijft gelden wordt daarbij over het hoofd gezien. Het lijkt dan ook min of meer toevallig dat de voorzitter hier op hetzelfde resultaat uitkomt als bij een strikte toepassing van het gesloten kring criterium.

Dat de algemene verklaring van geen bezwaar inzake toepassing van artikel 50, lid 8 Woningwet en artikel 19 Wet op de Ruimtelijke Ordening daarentegen als beschikking wordt beschouwd is, getoetst aan het adressaatscriterium, niet aannemelijk. Deze verklaring geldt alle gemeentebesturen in de betreffende provincie (en zal ook gelden voor het bestuur van een nog te vormen gemeente). Waarschijnlijk echter heeft de Afdeling, bij haar ongemotiveerde aanname dat deze algemene verklaring een beschikking is, zich niet om dit criterium bekommerd, maar het ontoelaatbaar geacht dat overheidsorganen zich op deze, ook nog met de wet strijdige, wijze aan Arob-controle zouden kunnen onttrekken.<sup>445</sup> Zie Afd.R. 13.1.1978, Gem.stem 6498,5 alsmede Wnd.Vz.Afd.R. 29.12.1977, AB 1978, 131.

Is het niet in zekere zin ook ontoelaatbaar dat de rechter een niet zonder meer voor de hand liggende kwalificering als beschikking ongemotiveerd laat?<sup>446</sup>

Geconcludeerd kan worden dat de Afdeling het door haar zelf expliciet gestelde persoonscriterium, dat door mij adressaatscriterium is gedoopt, niet consequent toepast. In alle besproken gevallen viel er overigens gemakkelijk met dit criterium te werken, maar de Afdeling meent blijkbaar dat hier 'der Konsequenz zum Teufel führt'! Het verlenen van rechtsbescherming waar de Arob-rechter dat rechtspoliteek wenselijk acht - en waarom zou dat niet heel legitiem kunnen zijn - vermindert de rechtszekerheid. Men kan door de vorm van een besluit heen kijken of men doet dat niet. Beide dingen hebben zo hun voor- en nadelen. Nu eens het één, dan weer het ander doen heeft daarbij het nadeel dat de jurisprudentie een zekere willekeur aan-

kleeft. Het bijzondere is dat er hier, anders dan bij de in de vorige hoofdstukken besproken grensproblemen, een theoretisch helder criterium lijkt te bestaan. Lijkt, want voor een definitief oordeel dient eerst nog een grote hoeveelheid jurisprudentie de revue te passeren.

### 5.3.2.3 *Besluiten die de toepasselijkheid van wetgeving nader bepalen*

De Arob-rechter heeft zich in een groot aantal zaken moeten uitspreken over de al dan niet algemene strekking van besluiten die de toepasselijkheid van een wettelijke norm naar plaats en/of tijd nader bepalen. Besluiten die Belinfante van de naam concrete norm heeft voorzien.<sup>447</sup> Voor dit onderzoek is het niet van belang wat de waarde van deze term is omdat de Wet Arob er nu eenmaal niet over spreekt. Voor wat artikel 2, lid 2, onder a betreft, hierin gaat het om de tweedeling beschikking - besluit van algemene strekking. In dit verband geldt dus 'tertium non datur'.<sup>448</sup> Nu heeft, nog afgezien hiervan, de term concrete norm niet veel weerklank gevonden, integendeel felle bestrijding<sup>449</sup>, maar de verdienste van Belinfante op dit punt is misschien wel geweest, dat hij voor een - heterogene - groep besluiten de aandacht heeft gevraagd die zij verdient.

Ook uit de Arob-jurisprudentie blijkt dat deze besluiten ruime aandacht verdienen, want hun juridisch karakter is moeilijk bepaalbaar. In deze paragraaf wordt een overzicht gegeven van uitspraken, waarin ten aanzien van dit soort besluiten het adressaatscriterium een al dan niet doorslaggevende rol speelt. In § 5.3.3 komen dan de uitspraken ter sprake waarin expliciet aan de beperktheid, de concreetheid zo men wil, naar tijd en plaats overheersende betekenis wordt toegekend.

De reden om besluiten die de toepasselijkheid van wetgeving nader bepalen van algemene strekking te achten is dat zij onderdeel zijn van die wetgeving, zij het een later vastgesteld onderdeel. Men kan dus van uitgestelde regelgeving spreken.<sup>450</sup> Vaststelling van zo'n onderdeel wordt doorgaans aan een bestuursorgaan gedelegeerd, doch dit doet aan het regelgevende karakter niets af.

Een nadere bepaling van tijd vinden we in Afd.R. 15.6.1979, tB/S V, 126. Het wijzigen van de openingstijden van de gemeentelijke stortplaats 'houdt direct verband met en beïnvloedt de rechten van diegenen, die ingevolge de verordening van de stortplaats gebruik kunnen maken' en aangezien in bedoelde Verordening op de Reinigingsdienst 1976 'een algemeen en voor een ieder geldend stortingsrecht is toege-

kend, heeft het besluit tot wijziging van de openingstijden . . . algemene werking'.

De meeste uitspraken betreffen een nadere bepaling naar plaats. Het besluit 'tot aanwijzing van de Noorderveemarkt tot parkeerterrein strekt ertoe de toepasselijkheid van de Parkeer- en parkeergeldverordening naar plaats nader te bepalen' en is daarom van algemene strekking. (Vz.Afd.R. 30.8.1977, tB/S V, p. 137). Vergelijkbaar is Vz.Afd.R. 18.12.1979, tB/S V, p. 567: Het besluit tot herziening van het parkeerverbod in de gemeente op grond van de gemeentelijke parkeerverordening is van algemene strekking. In dezelfde lijn ligt het om het besluit tot het plaatsen van een verkeersbord van algemene strekking te achten.<sup>451</sup>

Meestal staat trouwens Kroonberoep open (artikel 135 RVV), maar in andere gevallen acht de Arob-rechter het beroep niet-ontvankelijk vanwege de algemene strekking van het besluit. Zowel in Afd.R. 15.1.1981, tB/S V, 215, Gem.stem 6674, 6 als Wnd.Vz.Afd.R. 13.9.1982, Gem.stem 6737, 8 werd het besluit tot plaatsing van een bord ter aanduiding van een bushalte van algemene strekking geacht 'aangezien de aanwezigheid van het onderhavige bord een verbod in het leven roept, dat zich richt tot al degenen die met een voertuig deelnemen aan het verkeer op het betrokken weggedeelte . . .'.<sup>452</sup> Het besluit tot vaststelling (of wijziging) van de grenzen van de bebouwde kom van een gemeente door GS ex artikel 8, lid 1 Wegenverkeerswet is van algemene strekking. 'Een dergelijk vaststellingsbesluit heeft tot gevolg, dat bepaalde bij of krachtens de Wegenverkeerswet geldende voorschriften van toepassing worden.' (Afd.R. 27.1.1980, Gem.stem 6613, 5, tB/S V, p. 567; eerder - maar niet gemotiveerd - Vz.Afd.R. 7.9.1979, tB/S V, 138). En die voorschriften gelden een ieder. De aanwijzing van plaatsen waar een in de APV opgenomen prostitutieverbod wel of juist niet geldt heeft om dezelfde reden algemene strekking. Zie respectievelijk Vz.Afd.R. 9.11.1984, Gem.stem 6799, 4 en Vz.Afd.R. 26.3.1985, AB 468, Gem.stem 6799, 5. Waar het besluit tot aanwijzing van bepaalde plaatsen al van algemene strekking is, is dat a fortiori de weigering om een verordening aan te vullen met een bepaling die het mogelijk maakt plaatsen aan te wijzen waar het in de verordening gestelde verbod niet van kracht is. (Vz.Afd.R. 17.5.1978, tB/S V, p. 270a).

In genoemde uitspraken lijkt de vraag of de plaats die al dan niet wordt aangewezen klein of groot is en wel of niet nauwkeurig is aangeduid niet van belang. Soms wijst de rechter er zelfs nadrukkelijk op

dat dit inderdaad niet relevant is. Zo werd de aanwijzing door GS van Limburg van een gedeelte van de toegangsvaargeul tot de Mookerplas als verboden gebied als bedoeld in artikel 12 Provinciaal Waterplassenreglement, conform de hiervoor besproken jurisprudentie, een besluit van algemene strekking geacht. Het verbod gold immers een ieder. 'Hieraan doet niet af de omstandigheid dat het bestreden besluit betrekking heeft op een exact omschreven gedeelte van de toegangsvaargeul tot de Mookerplas.' (Wvd.Afd.R. 14.6.1982, tB/S V, 267). Het van toepassing verklaren van een verbod ligplaats te hebben met een vaartuig voor twee aanlegplaatsen betekent dat het voor een ieder verboden wordt ligplaats in te nemen. 'De omstandigheid dat het besluit betrekking heeft op een tweetal aanlegplaatsen doet hieraan niet af.' (Vz.Afd.R. 4.9.1984, tB/S V, p. 1499). Van Zanten heeft in zijn naschrift onder Vz.Afd.R. 22.7.1981, Gem.stem 6701, 5 gesuggereerd dat de omvang van het gebied toch wel eens een rol zou kunnen spelen. De uitspraak zelf, waarin het besluit 'tot het aanwijzen van wegen en weggedeelten waarvoor aan de bewoners vergunningen verleend kunnen worden voor het parkeren in hun woongebied' van algemene strekking werd bevonden gaf daar geen expliciete aanwijzing voor. In de volgende uitspraak is die er wel.<sup>453</sup>

In Afd.R. 17.11.1982, tB/S V, p. 1153 had de vrijstelling van een visverbod algemene strekking 'nu deze vrijstelling betrekking heeft op een zeer groot aantal wateren en voorts geldt voor een ieder die krachtens de wettelijke bepalingen gerechtigd is met de gewone hengel of de speciale hengel te vissen . . .'. Welk karakter zou de vrijstelling voor één water dan hebben? We zien hier een combinatie van het adressaatscriterium en het zaakscriterium. Dat is ook het geval in Afd.R. 24.2.1983, tB/S V, p. 1236, inzake de aanwijzing van een gebied als bedoeld in artikel 7, lid 1 van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening. Zo'n besluit is niet alleen gericht 'op de in de aangewezen gebieden reeds gevestigde geneeskundigen, maar vooral ook tot iedere geneeskundige die zich nadien in de aangewezen gebieden zal vestigen' (adressaatscriterium), 'terwijl de aanwijzing van het in geding zijnde gebied niet in verband staat met de hoedanigheid en eigenschappen van dat gebied . . .' (zaakscriterium).<sup>454</sup>

Heel duidelijk is deze mengeling bij enkele uitspraken inzake aanwijzingsbesluiten ingevolge de Natuurbeschermingswet. De jurisprudentie hierover verdient ruime aandacht. Zij vormt tevens een overgang naar uitspraken waarin gebiedsaanwijzingen met toepassing

van het zaakscriterium beschikkingen worden geacht.

Over besluiten ingevolge de Natuurbeschermingswet zijn enkele boeiende uitspraken te melden. Het is daarbij van belang te weten, dat ex artikel 7 de minister een natuurmonument (in de zin van artikel 1) kan aanwijzen als beschermd natuurmonument. Deze aanwijzing heeft rechtsgevolgen (artikel 12 e.v.), onder andere het verbod behoudens vergunning handelingen te verrichten die het natuurmonument schaden of ontsieren. Vóór de aanwijzing neemt de minister een besluit dat de aanwijzing in overweging is (artikel 8) - tenzij het een staatsnatuurmonument betreft, dan is dat niet nodig (artikel 21) - en kan daarbij bepalen, dat zekere of alle rechtsgevolgen die de wet aan de status van beschermd natuurmonument verbindt, onverwijld intreden (artikel 8, lid 2).

Een besluit ex artikel 8, lid 1 met toepassing van lid 2 werd in verscheidene gevallen aangemerkt als besluit van algemene strekking. In Wnd.Vz.Afd.R. 10.1.1978, tB/S V, p. 202 luidde de motivering: 'De aldus in het onderwerpelijke geval door verweerder genomen beslissing heeft derhalve naast voormelde aankondiging tot gevolg dat voor wat betreft het daarin aangewezen gebied jegens een ieder genoemde verbodsbepaling van kracht wordt. Het bestreden besluit roept daarmee in zijn beide onderdelen rechtsgevolgen in het leven voor een niet bepaalde of bepaalbare groep van personen . . .'. Identieke overwegingen vinden we in Vz.Afd.R. 20.4.1978, AB 405.

In Afd.R. 23.10.1979, tB/S V, 145 komt een nadere aanduiding. 'Jegens een ieder' wordt 'voor een veel grotere groep van personen dan uitsluitend degenen die . . . eigenaar zijn van de desbetreffende percelen, waarbij valt te denken aan passanten . . .'. Nu kan een ieder passeren, dus van een nuancering kan nauwelijks worden gesproken. Toch kan men zich afvragen waarom de Afdeling dan niet gewoon van 'een ieder' spreekt. Iets dergelijks vinden we ook in Afd.R. 10.12.1979, tB/S V, 153: 'Deze verbodsbepaling heeft in dit geval niet alleen betekenis voor de eigenaar . . .' maar ook voor degenen die het betreffende recreatiegebied voor de watersport willen exploiteren of gebruiken als gelegenheid voor het afmeren van pleziervaartuigen en, als klap op de vuurpijl, voor een ieder die het betreffende water zou willen binnenvaren, omdat in het bestreden besluit als kenmerk van het onderhavige gebied is genoemd, de voor de avifauna noodzakelijke rust. En om dit laatste gaat het in het bijzonder: 'Met name gelet op deze omstandigheid dient in dit geval het bestreden besluit naar het oordeel van de Afdeling te worden aangemerkt als een besluit van algemene strekking.' Waarom eerst die andere categorieën

genoemd? De Afdeling legt nogal de nadruk op het feit dat het besluit in dit bepaalde geval algemene strekking heeft, daarmee de indruk wekkend, dat elke artikel 8, lid 2-beslissing op zich moet worden beoordeeld.

Er lijken ook beslissingen denkbaar die zich wel theoretisch tot een ieder richten maar praktisch gesproken alleen tot min of meer nauwkeurig aan te duiden personen. In die richting gaat heel duidelijk Vz.Afd.R. 29.7.1981, AB 1982, 482. Dat de verbodsbepalingen 'zich mede richten tot personen en groepen van personen die niet aanstonds nauwkeurig kunnen worden bepaald' maakt de aanwijzing<sup>455</sup> niet zonder meer tot besluit van algemene strekking. Het besluit is gericht op de wijziging van de rechtstoestand van het gebied, dat overigens nauwkeurig is omschreven. En daarom nam de voorzitter een beschikking aan. In § 5.3.3 wordt op deze uitspraak nog teruggekomen.

De redengeving is in die zin curieus, dat zij ook op de voorgaande gevallen van toepassing is, maar daar niet werd gebruikt. Integendeel, steevast werd opgemerkt, dat de omstandigheid dat het besluit een kadastrale omschrijving bevat van de percelen waarop het betrekking heeft aan het algemene karakter niet afdoet. De voorzittersuitspraak had een voorloper in Vz.Afd.R. 3.8.1978, tB/S V, 94, waarin de aankondiging betrekking had op een 'aan verzoekers grotendeels in eigendom toebehorend landgoed' en 'de eventuele omstandigheid, dat het rechtsgevolg van dit besluit in voorkomend geval ook kan worden ingeroepen tegenover anderen dan verzoekers . . . aan dit besluit op zichzelf nog niet het karakter van een besluit van algemene strekking' geeft. Kon deze uitspraak aanvankelijk nog als een misser worden beschouwd, de latere jurisprudentie, zoals hiervoor besproken, maakt duidelijk dat de rechter elk geval op zijn eigen, met name praktische, merites wil bezien.

### 5.3.3 *Het zaakscriterium*

#### 5.3.3.1 *Algemeen*

Vele schrijvers wijzen er op dat het begrip beschikking niet alleen ziet op beslissingen die zich richten tot bepaalde of bepaalbare adressaten, maar ook op beslissingen die op een concreet object betrekking hebben.<sup>456</sup> Ook de Arob-rechter heeft in een aantal gevallen een beschikking gezien in een besluit dat op een zaak betrekking had en niet aan het adressaatsvereiste voldeed.<sup>457</sup>

Hiervoor bleek dat men met een strak gehanteerd adressaatscriteri-

um zonder al te veel moeilijkheden een onderscheid tussen beschikkingen en besluiten van algemene strekking kan maken. Zou de rechter zich echter tot dit criterium beperken, dan zouden besluiten die algemeen altijd als beschikkingen waren beschouwd, zoals de aanwijzing van een monument ingevolge de Monumentenwet, dit niet meer zijn. Voor die consequentie is de Arob-rechter teruggeschrokken. Misschien ook heeft hij zich eenvoudig niet te ver willen verwijderen van het in de dogmatiek gevormde beschikkingsbegrip (hoewel hij dat in andere gevallen wel heeft gedaan). Nu kwam het er in de dogmatiek niet zo heel precies op aan of iets nu wel of niet een beschikking was. Maar voor de ontvankelijkheid in Arob-beroep luistert dit verschil zeer nauw. Dan wreekt zich pas de onduidelijkheid en rechtsonzekerheid die gepaard gaat met het hanteren van een tweede criterium, het zaaks criterium.

Dit criterium kan worden omschreven met de vraag: heeft het besluit betrekking op een of meer bepaalde of bepaalbare concrete zaken?<sup>458</sup> Bij een bevestigend antwoord is voldaan aan het zaaksvereiste. Vanwaar nu de met dit criterium gepaard gaande onduidelijkheid? Anders dan bij het adressaatscriterium leidt toepassing van het zaaks criterium niet tot eenduidige resultaten. Terwijl het voldoen aan het adressaatsvereiste uitsluit dat er van een besluit van algemene strekking sprake is, is het voldoen aan het zaaksvereiste niet zonder meer doorslaggevend. Wanneer men dit criterium namelijk consequent zou toepassen, dan zou het beschikkingsbegrip zijn onderscheidend vermogen vrijwel verliezen: talrijke wettelijke voorschriften hebben immers betrekking op een concrete zaak, al is in die voorschriften de zaak ondergeschikt aan de tot personen gerichte gedragsnorm.<sup>459</sup> Voor een scherpe afbakening van het beschikkingsbegrip lijkt het zaaks criterium daarom niet goed bruikbaar.

De Afdeling rechtspraak hanteert het criterium als een soort reservecriterium. Het adressaatscriterium staat voorop, maar in gevallen waarin hantering daarvan niet tot het aannemen van een beschikking leidt wordt gezien of aan de hand van het zaaks criterium een beschikking aannemelijk is. Een en ander blijkt uit het feit dat in tal van uitspraken het adressaatscriterium als zonder meer beslissend voor het wel en voor het niet aanwezig achten van een beschikking wordt gezien, alsmede uit het geringe aantal uitspraken waarin toepassing van het zaaks criterium een beschikking oplevert. Dat de jurisprudentie ter zake niet zeer vast is zal niet verbazen.

Bepalen wij ons nu tot die jurisprudentie. Daarbij zal met name worden onderzocht of er binnen het hier geformuleerde zaaks criterium

nog een ander criterium wordt gehanteerd. Hoewel uitspraken betreffende zogenaamde postzegelplannen en de daaraan voorafgaande voorbereidingsbesluiten van groot gewicht zijn voor het begrip van het samenhangcriterium mogen zij hier zeker niet ontbreken. Vanwege hun praktische belang zullen zij in een aparte paragraaf behandeling vinden.

### 5.3.3.2 *De toepassing van het zaakscriterium (algemeen)*

Het voldoen aan het zaaksvereiste leidt, afgezien van de besluiten in gevolge de Wet op de Ruimtelijke Ordening, zelden tot het aannemen van een beschikking.

In enkele gevallen speelt de begrenzing naar plaats en/of tijd een doorslaggevende rol. Toen B & W van Den Haag van de hen toekomende bevoegdheid gebruik maakten om de markt tijdelijk op een andere plaats te doen houden, meende de voorzitter: 'Het bestreden besluit is dan ook genomen met het konkrete doel slechts één der Haagse wijkmarkten tijdelijk op een andere plaats te houden dan de gemeenteraad heeft aangewezen' en nam een beschikking aan. (Vz.Afd.R. 15.2.1980, AB 423). Toepassing van het adressaatscriterium zou niet tot een beschikking hebben geleid: het besluit is - indirect - gericht tot een ieder die een vergunning voor een standplaats heeft of zal hebben. De verplaatsing werd weliswaar tijdelijk genoemd, maar - zo bleek ter zitting - dat kon wel een half jaar belopen. De kring geadresseerden is daarmee niet meer bepaalbaar.

Begrenzing naar plaats en tijd was ook van belang in de schorsingsuitspraak 'Luchtruim Amsterdam'. (Vz.Afd.R. 20.11.1981, AB 1982, 175, Gem.stem 6706, 6). De Stichting Oud-Strijders Legioen e.a. kwamen op tegen het besluit van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat het luchtruim boven Amsterdam tot verboden gebied te verklaren, behoudens uitzonderingen, op de dag van de eerste grote vredesdemonstratie, 21 november 1981. De voorzitter overwoog als volgt: 'Een verbod als vorenbedoeld brengt met zich dat het betreffende gedeelte van het luchtruim niet meer voor een ieder - met inachtneming van de aanwijzingen van de verkeersleiding - vrij toegankelijk is. Een daartoe strekkend besluit is derhalve gericht op de wijziging van de rechtstoestand van dat beperkte gedeelte van het luchtruim. Gelet hierop en op de omstandigheid dat in het bestreden besluit, dat een beperkte geldigheidsduur heeft, het gedeelte van het luchtruim waarop dit betrekking heeft zeer nauwkeurig is omschreven en een beperkt gebied betreft, zijn Wij voorshands van oordeel dat dit besluit als een beschikking in de zin van art. 2 eerste lid Wet



Arob dient te worden aangemerkt.'

Op het in de eerste alinea gestelde wordt hierna teruggekomen. In de tweede alinea komt geprononceerd de beperking naar tijd en plaats naar voren. De niet-algemene strekking wordt aangenomen ondanks het door de voorzitter zelf vermelde feit dat aan het adressaatsvereiste niet is voldaan. Een besluit dat zeker niet aan het adressaatsvereiste, maar volgens de Afdeling wel aan het zaaksvereiste voldeed was het besluit tot aanwijzing van een bepaald plantsoen tot speelweide hetgeen de niet-toepasselijkheid van een betredingsverbod met zich mee bracht. (Afd.R. 19.11.1984, tB/S V, 358, AB 1985, 199). De aanwijzing van een plaats door B & W voor het aanbieden van huisvuil, welke aanwijzing - op grond van de APV - de hoofdgebruiker van het desbetreffende perceel verplicht het huisvuil op die plaats aan te bieden werd een beschikking geacht 'nu dit (besluit) uitsluitend betrekking heeft op de container van appellant . . .'. (Afd.R. 2.12.1982, AB 1983, 144). Een merkwaardige conclusie. Het besluit ziet op de aanwijzing van een bepaalde plaats en dit brengt een verplichting met zich voor de hoofdgebruiker - de huidige en toekomstige - van het perceel in kwestie. De container speelt daarbij slechts een feitelijke rol. Hoe dan ook werd een beschikking aangenomen (uitsluitend) vanwege het voldaan zijn aan het zaaksvereiste.

Een regelrechte toepassing van het zaaks criterium vinden we ook in Afd.R. 30.10.1984, tB/S V, 357. In bepaalde gevallen hebben B & W toestemming van GS nodig om woonwagens die een onwettige standplaats hebben te verwijderen (artikel 61 Woonwagenwet). Een dergelijke toestemming (artikel 61, lid 2) wordt verleend 'voor het uit de gemeente doen verwijderen van een concrete woonwagen dan wel woonwagens'. Gelet ook op het vervolg van de uitspraak ligt hierin duidelijk de suggestie dat deze toestemming om genoemde reden (concrete woonwagens) - en niet omdat het ambt B & W adressaat is - een beschikking zou zijn. 'Daarentegen moet de vrijstelling als bedoeld in het derde lid van dit artikel worden aangemerkt als een publiekrechtelijke machtiging van gedeputeerde staten aan een college van burgemeester en wethouders om over te gaan tot verwijdering van een op het tijdstip van verlenen onbepaald en ook onbepaalbaar aantal woonwagens uit de betrokken gemeente. Een daartoe strekkende beslissing is een besluit van algemene strekking.' Onder toepassing van de ketentheorie (zie § 5.4) wordt het besluit in verband gebracht met zaken. Toepassing van het adressaatscriterium zou in dit geval een beschikking, met B & W als adressaat, hebben opgeleverd.

In de hier vermelde gevallen gaat het om besluiten die in hun werking beperkt zijn tot een bepaalde, korte, tijd, een bepaalde, niet zeer omvangrijke, plaats of een bepaald of bepaalbaar aantal objecten. Die beperking constitueert hun beschikkingskarakter. In alle gevallen zou toepassing van het adressaatscriterium tot een tegengestelde uitkomst hebben geleid. Het zaakscriterium wordt in deze gevallen zonder nadere motivering gehanteerd.

In enkele uitspraken wordt wel een nadere motivering voor hantering van het zaakscriterium, of 'invulling' van dit criterium gegeven. Het verlenen van medewerking door de gemeenteraad ex artikel 5 Wegenwet aan het geven van openbare bestemming aan een weg is een besluit dat een wijziging in de juridische status van die weg teweegbrengt en als zodanig naar object is begrensd. (Wvd.Vz.Afd.R. 12.2.1985, tB/S V, 366).

Dat doet de APV Rotterdam niet, een van de redenen waarom aan het besluit van B & W tot aanwijzing van een gebied waar het gemeentelijke prostitutieverbod niet geldt het beschikkingskarakter werd onthouden. (Vz.Afd.R. 26.3.1985, AB 468, Gem.stem 6799, 5, idem Wvd.Vz.Afd.R. 23.4.1985, AB 1986, 11).<sup>460</sup> De Afdeling heeft eerder, mag men aannemen, het criterium van de hoedanigheid en eigenschappen van het betreffende object impliciet gebruikt als reden om een beschikking aan te nemen. Gewezen kan worden op Afd.R. 24.2.1978, AB 264 (de weigering een woning onbewoonbaar te verklaren) en Afd.R. 16.1.1979, AB 473 (de kennisgeving van het voorstellen - met rechtsgevolgen - een pand op de gemeentelijke monumentenlijst te plaatsen).

Tjin<sup>461</sup> meent dat de eigenschappen van een zaak, 'objectief vaststelbare, in algemeen verbindende voorschriften omschreven, hoedanigheden gerelateerd aan de zaak', beslissend moeten zijn. De jurisprudentie biedt hiervoor inmiddels enige steun. De vraag is nu of er met een dergelijke invulling van het zaakscriterium valt te werken en meer nog wat er de ratio van is. Bij elke beschikking, ook die terzake van een zaak, ontstaan er toch rechtsgevolgen voor personen. Wanneer men in de Rotterdamse APV wel hoedanigheden en eigenschappen van 'prostitutie-zones' zou vermelden, zou de aanwijzing ineens wel een beschikking zijn? Met Van der Ham, in haar verhelderende noot onder Vz.Afd.R. 26.3.1985, AB 468, zou ik menen dat dergelijke criteria veeleer zien op de gebondenheid van B & W bij het nemen van een dergelijk aanwijzingsbesluit. En bij het geven van openbare bestemming aan een weg worden rechten en plichten gegeven aan res-

pectievelijk een ieder en de rechthebbende, kortom een onbepaalbare hoeveelheid adressaten. Natuurlijk speelt de juridische status van die weg als concreet object een rol, maar het gaat er nu juist om of die status doorslaggevend is dan wel de bepaalbaarheid van de adressaten die er, ook bij een dergelijk besluit <sup>462</sup>, altijd zijn.

### 5.3.3.3 *Vorbereidingsbesluiten en postzegelplannen (zaakscriterium en doelcriterium)*

Er zijn enkele besluiten die voor een goed begrip van de toepassing van het zaakscriterium van eminent belang zijn, ofschoon zij zelden of nooit in dit kader worden besproken. Ik doel op het voorbereidingsbesluit als bedoeld in artikel 21 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de (weigerig tot) vaststelling of wijziging van een bestemmingsplan respectievelijk uitwerkingsplan (artikelen 10 en 11 Wet op de Ruimtelijke Ordening). Doorgaans vinden deze besluiten bespreking onder het kopje 'samenhangcriterium' en daarvoor geeft de jurisprudentie zeker aanleiding. Ook in dit geschrift zal dat gebeuren.

Zij dienen echter tevens in deze paragraaf aan de orde te komen, omdat het hier gebiedsaanwijzingen betreft, althans besluiten voor een bepaald gebied, die, wanneer zij slechts een of enkele percelen betreffen, volgens de Afdeling rechtspraak een beschikking kunnen zijn. Kunnen zijn, want het samenhangcriterium kan het beschikkingskarakter in de weg staan. Doet het samenhangcriterium dit niet, dan blijken bedoelde besluiten een beschikking te zijn en geen besluit van algemene strekking, mede omdat zij slechts een of enkele percelen betreffen, derhalve concreet zijn naar object. Mede, niet uitsluitend. Van belang blijkt namelijk ook of het besluit is genomen met het oog op een concreet doel, doorgaans de realisering van een bouwproject. Omdat dit doelcriterium buiten de uitspraken over ruimtelijke ordeningskwesties vrijwel <sup>463</sup> niet voorkomt en vanwege zijn onverbreekelijke samenhang met het zaakscriterium wordt het in deze paragraaf behandeld.

Hierna volgt eerst een weergave van de jurisprudentie, daarna komt aan de orde de vraag wat toepassing van het adressaatscriterium zou hebben opgeleverd en de vraag hoe de toepassing van het zaakscriterium - mede gelet op de samenhang met het doelcriterium - moet worden beoordeeld in het licht van de hiervóór besproken jurisprudentie. Nog één opmerking vooraf. De besluiten tot vaststelling van bestemmingsplannen zijn aan Arob-beroep onttrokken door artikel 5, aanhef en onder d Wet Arob, omdat tegen die besluiten een wettelijk ge-

regelde administratiefrechtelijke rechtsgang openstaat (artikel 24 e.v. Wet op de Ruimtelijke Ordening). Dit geldt niet voor besluiten waarbij de vaststelling van een (deel van een) bestemmingsplan (daartoe behoort ook de wijziging van een bestaand plan) wordt geweigerd. Een aparte rechtsgang is er ook niet bij voorbereidingsbesluiten en bij uitwerkings- en wijzigingsplannen ex artikel 11 Wet op de Ruimtelijke Ordening.

Uit de volgende uitspraak zou licht kunnen worden afgeleid, dat reeds het feit dat de geweigerde planherziening één perceel betreft voldoende is om van een beschikking te spreken. Afd.R. 6.9.1978, tB/S V, p. 371: 'Nu het verzoek van appellante betrof een wijziging van het bestemmingsplan waarvan de werking beperkt zou blijven tot haar perceel, kon de afwijzing van dit verzoek worden beschouwd als een beschikking in de zin van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen.'

En in Vz.Afd.R. 19.6.1979, Gem.stem 6609, 4 werd juist geen beschikking aangenomen 'nu uit de stukken is gebleken dat dit bestemmingsplan een relatief ruim gebied betreft en een aantal algemeen verbindende voorschriften daarvan deel uitmaken.' Vz.Afd.R. 5.8.1980, tB/S II, 79, inzake een voorbereidingsbesluit voor een perceel, bevatte als enige motivering: 'Naar Ons aanvankelijk oordeel is het bestreden besluit, gegeven de beperkte strekking daarvan, niet aan te merken als besluit van algemene strekking.' Echter, niet alleen de beperking tot een bepaald klein gebied, doorgaans één perceel, maar ook het concrete doel met het oog waarop het besluit is genomen is van belang. De standaardoverweging luidt dan ook: 'Het betreft hier derhalve een verzoek tot het nemen van een op rechtsgevolg gericht besluit met het oog op het bepaalde concrete doel, dat hierboven is aangegeven en waarvan de werking zich niet verder uitstrekt dan het betrokken perceel.' (Afd.R. 25.9.1978, tB/S V, p. 371). In casu was dit doel het verlenen van een vergunning ten behoeve van de vestiging van een camping.

En in Afd.R. 3.1.1984, AB 224, vinden we de heel algemene formule: 'De Afd. overweegt allereerst dat het verzoek van appellant betrekking heeft op een herziening van het bestemmingsplan ten behoeve van een concreet doel, welke herziening zich niet verder uitstrekt dan tot een bepaald perceel . . .'. In Afd.R. 2.10.1978, tB/S V, 104 was dat doel 'de mogelijkheid te openen dat op zijn (appellants, F.M.) perceel een woning kan worden gebouwd', in Afd.R. 7.8.1978, AB 1979, 215, Gem.stem 6534, 5 'dat aan appellant een bouwvergunning

ten behoefte van de uitbreiding van de berging/garage bij zijn woning zou kunnen worden verleend', in Afd.R. 26.2.1979, Gem.stem 6574, 4 was het doel de bouw van een bedrijfswoning mogelijk te maken, in Afd.R. 30.8.1979, AB 1980, 128 de mogelijkheid te scheppen op appellants perceel een bungalow te bouwen, in Afd.R. 12.8.1980, Gem.stem 6647, 9 ging het om de bouw van een bedrijfsgebouw en het concrete doel in Afd.R. 21.11.1980, Gem.stem 6662, 5 was de verplaatsing van een deel van een camping. Zie meer recent Vz.Afd.R. 29.4.1985, AB 519, doel: één concreet project, te weten de aanleg van een speelplaats en de oprichting van een beheersgebouwtje.

De intrekking van een gedeelte van een bestemmingsplan, dat nog geen rechtskracht bezat, dat niet beperkt was tot een bepaald bouwperceel bracht met zich 'dat bouwvergunningen evenzeer voor andere dan de door appellant gewenste bebouwing zouden kunnen en zouden moeten worden afgegeven' en was daarom van algemene strekking. (Afd.R. 23.4.1980, AB 625).

In de gevallen hier besproken ging het steeds om een wijziging van de bestemming. Betreft de beslissing een wijziging van de voorschriften, behorend bij een bestemmingsplan, dan is er sprake van een besluit van algemene strekking, ook al wordt de wijziging van zo'n voorschrift gevraagd ten behoeve van een bepaald bouwplan. Bedoelde voorschriften regelen bebouwing en grondgebruik in het gehele bestemmingsplangebied. (Afd.R. 11.1.1982, AB 177, Gem.stem 6712, 7). Belangrijker nog lijkt dat de voorschriften, als zijnde algemeen verbindend, zich tot een ieder richten. Van dit argument bedient de Afdeling zich echter niet.

Wat is opgemerkt over bestemmingsplannen geldt *mutatis mutandis* ook voor uitwerkingsplannen ex artikel 11 Wet op de Ruimtelijke Ordening. Zie bijvoorbeeld Wnd.Vz.Afd.R. 15.8.1978, BR p. 845, inzake de partiële herziening van een bestemmingsplan met het oog op de verlening van een bouwvergunning voor twee winkelpanden op twee onderscheiden percelen. Zie in deze zin voorts Afd.R. 19.10.1979, AB 1980, 249 en Afd.R. 9.2.1982, BR p. 508.

In Afd.R. 11.7.1984, Gem.stem 6778, 9 werd de weigering een uitwerkingsplan vast te stellen geen beschikking geacht 'gezien de omvang van de onderscheiden uit te werken terreinen en gelet op het feit dat in een desbetreffend uitwerkingsplan nadere bestemmingen . . . moeten worden vastgesteld . . .'. 'Dit oordeel zou wellicht anders kunnen luiden voor wat betreft gedeelten van het terrein, indien daarvoor een concreet bouwplan was ingediend, doch daarvan is in dit ge-

val geen sprake.' Ook hier weer de combinatie van zaakscriterium (beperking tot 'gedeelten van het terrein') en doelcriterium (een concreet bouwplan).

Is aan zaaksvereiste of doelvereiste niet voldaan, dan wordt een besluit van algemene strekking aangenomen. (Zie o.a. Vz.Afd.R. 13.4.1977, AB 368, tB/S V, p. 37 en Wnd.Vz.Afd.R. 2.1.1979, BR p. 274).

Over het streekplan valt op deze plaats niet veel meer te melden dan dat dit 'de toekomstige ontwikkeling van het in het plan begrepen gebied in hoofdlijnen' aangeeft en daarom van algemene strekking is. (Vz.Afd.R. 21.4.1977, tB/S V, p. 44 en Afd.R. 8.10.1980, tB/S V, 199). Bij de bespreking van het samenhangcriterium wordt hierop nog kort teruggekomen.

Bij de voorbereidingsbesluiten zien we hetzelfde beeld als bij de bestemmings- en uitwerkingsplannen. Wanneer vaststelling van zo'n plan - of de weigering daarvan - een beschikking zou zijn (een zogenaamd postzegelplan) dan is ook het daaraan voorafgaande voorbereidingsbesluit dat. Ook daar de combinatie beperking tot een bepaald gebied (meestal één perceel<sup>464</sup>) en de aanwezigheid van een concreet doel.

In beginsel is een voorbereidingsbesluit - juist als genoemde plannen - van algemene strekking. Er wordt wel een bepaald gebied aangewezen, maar dat wil niet zeggen 'dat het besluit zich zou richten tot een tevoren bepaalde of naar aantal en identiteit bepaalbare kring van personen.' (Afd.R. 16.2.1978, AB 479). De algemene strekking 'blijkt ook uit de gevolgen die de wetgever, onder meer in artikel 50, tweede lid, Woningwet, aan een voorbereidingsbesluit verbindt.' Dit betreft de aanhoudingsplicht die ten opzichte van een ieder moet worden vervuld.

Van een beschikking kan worden gesproken 'in een uitzonderlijke situatie, waarbij bijvoorbeeld van de figuur van het voorbereidingsbesluit gebruik wordt gemaakt uitsluitend om rechtsgevolgen in het leven te roepen ten aanzien van de verlening van een bouwvergunning voor één bepaald in dat besluit genoemd bouwperceel.' (Wnd.Vz.Afd.R. 14.6.1977, AB 369). Inmiddels weten we dat die situatie niet zo uitzonderlijk is. Zie ook Vz.Afd.R. 5.5.1977, tB/S V, p. 47 (Makro Best), Afd.R. 23.6.1978, BR, p. 651, Vz.Afd.R. 9.11.1979, AB 1980, 339 en voorts Afd.R. 22.2.1982, Gem.stem 6724, 4, tB/S V, p. 1035, waarin de Afdeling het vereiste van het concrete doel aanscherpte door op te merken dat daaraan wordt

voldaan wanneer het bouwplan, voor de verwezenlijking waarvan vergunning zal worden gevraagd, 'uit bouwkundig oogpunt als voldoende zelfstandig en vastomlijnd kan worden beschouwd'.

Het intrekken van een voorbereidingsbesluit voor één perceel met een concreet doel (verbouwing van een school tot jeugdsociëteit) is óók een beschikking wanneer het intrekken is gerealiseerd door de intrekking van een voorbereidingsbesluit voor een groter gebied onder vaststelling van enkele nieuwe voorbereidingsbesluiten. Het gemeentebestuur van Deventer dacht zich op deze wijze aan Arob-controle te kunnen onttrekken. De rechter prikte deze constructie terecht door. (Vz.Afd.R. 11.10.1983, AB 1984, 74). Wanneer het besluit niet tot een of enkele percelen is beperkt zal het doel waarvoor een voorbereidingsbesluit wordt 'geslagen' doorgaans ook niet concreet zijn in de hiervoor besproken zin.

Vanwege het ontbreken van de gestelde vereisten werd geen beschikking aangenomen in Afd.R. 6.10.1978, tB/S VII, p. 177 (plaats: niet slechts betrekking op bepaald perceel, doel: integraal bezien hele stedenbouwkundige structuur van het betreffende gebied), Wnd.Vz. Afd.R. 12.1.1981, tB/S V, 213 (plaats: gebied van ruime omvang, doel: besluit is niet alleen genomen met het oog op reeds ingediende bouwaanvraag, 'doch ook met het oog op andere in de toekomst in te dienen bouwaanvragen') en Afd.R. 7.12.1981, tB/S V, p. 1035 (plaats: niet slechts het perceel van appellanten, doch ook enige andere, doel: 'het toekomstige gebruik van het betrokken gebied voor woningbouw . . . veilig te stellen tegen ongewenste ontwikkelingen'). Het is niet onaannemelijk dat de rechter zich van dit doelcriterium bedient om te voorkomen dat hij beroepen tegen besluiten als hier bedoeld ontvankelijk zou moeten verklaren óók wanneer dergelijke besluiten weliswaar één, maar een zeer groot perceel zouden betreffen, waarop tal van bouwwerken zouden kunnen verrijzen. Dan is ook te verklaren waarom bij het ontbreken van een concreet doel alleen, terwijl wel van een beperkt gebied sprake is, geen beschikking wordt aangenomen.

In Vz.Afd.R. 16.10.1980, Gem.stem 6664,3 was sprake van een gebied naast en voor appellants woning. Dat gebied leek gelet op de in de casus vermelde gegevens niet erg groot. Zonder echter over de beperking naar plaats één woord te reppen wijst de voorzitter het aannemen van een beschikking af, want: 'Voor het gebied waarop het bestreden besluit betrekking heeft, is in het thans geldende bestemmingsplan een veelheid van bestemmingen voorzien, welke niet een

individueel karakter hebben. De door appellant gevraagde bestemmingswijziging strekt ten dienste van de woonwijk als geheel.' In het laatste klinkt door dat het concrete ook nog betrekking moet hebben op een beperkt - bepaald of bepaalbaar - aantal personen ten behoeve van wie het concrete doel gerealiseerd zou kunnen worden.<sup>465</sup> In de bodemprocedure kwam de Afdeling tot hetzelfde oordeel. (Afd.R. 5.7.1982, AB 1983, 129).

Het wordt tijd de hiervoor weergegeven jurisprudentie inzake postzegelplannen en voorbereidingsbesluiten eens tegen het licht van het adreassaatscriterium te houden.

Wie is of zijn adreessaat van een besluit tot (weigering van) bestemmingswijziging? (N.B. Gaat het om de gebruiksvoorschriften dan is dat een ieder, dit zijn algemeen verbindende voorschriften). Niet de burger die daarbij een zeker belang heeft: de bestemming zelf verplicht hem niets, verbiedt hem niets en geeft hem geen enkel recht. Wel vult zo'n besluit bepaalde wettelijke normen, zoals artikel 48 Woningwet, in. Deze normen richten zich tot B & W. Voor alle duidelijkheid: het verbod van artikel 47 Woningwet richt zich tot de burger, hij mag in bepaalde gevallen niet bouwen zonder bouwvergunning, maar de bestemming zelf, de plankaart - los van de voorschriften -, bevat voor die burger geen norm. Het voorbereidingsbesluit schept een aanhoudingsplicht voor B & W. Dat zij die ten opzichte van een ieder moeten vervullen doet er niet aan af dat dit ambt *de* geadresseerde is. Dit geldt echter niet alleen bij plannen en voorbereidingsbesluiten voor één perceel, maar bij alle! Voor het beperken van de beroepsmogelijkheid voor tal van derde-belanghebbenden (iedere belanghebbende burger) zou het samenhangcriterium geen uitkomst bieden omdat elk van deze besluiten één beschikking zou zijn en niet uit een aantal met elkaar samenhangende beschikkingen zou bestaan (zie § 5.3.4).

Dit alles moet de Arob-rechter een niet erg aanlokkelijke consequentie van hantering van het adreassaatscriterium hebben gevonden. Door toepassing van het doelcriterium weet hij een zekere afgrenzing te bereiken. Wat is dit criterium echter anders dan een verkapte toepassing van het adreassaatscriterium? Daarbij wordt niet het ambt, maar de om een vergunning verzoekende burger als adreessaat beschouwd: de beslissing (weigering herziening postzegelplan respectievelijk voorbereidingsbesluit) richt zich niet *de iure*, maar wel *de facto* tot de vergunningvragers. Zo blijkt bij de hier besproken besluiten naast het zaaks- en samenhangcriterium ook het adreassaatscriteri-



um, zij het op onzuivere wijze, een rol te spelen.

Uit bovenstaande blijkt ook dat wanneer men, anders dan de Afdeling, een meer dogmatische redenering volgt deze wellicht een betere onderbouwing vormt van het standpunt dat van een beschikking sprake is, maar tot onaanvaardbare consequenties leidt. De Afdeling heeft een zeer praktische zienswijze en richt zich dwars door de theorie heen op het eigenlijke doel van de 'operatie' waarvan voorbereidingsplan of bestemmingswijziging het begin vormen en vergunningverlening het eind.

### 5.3.4 *Het samenhangcriterium*

#### 5.3.4.1 *Algemeen*

Het komt nogal eens voor, dat wijziging of intrekking wordt gevraagd van een gedeelte van een besluit van algemene strekking.<sup>466</sup> Wanneer de beslissing op zo'n verzoek voldoet aan het adressaats- en/of zaaksvereiste onderzoekt de Arob-rechter of het in geding zijnde gedeelte een wezenlijke samenhang vertoont met de rest van het besluit. Dit is wat wordt genoemd het samenhangcriterium. De rechter onderzoekt met andere woorden of wijziging of intrekking van het desbetreffende gedeelte wel of niet los kan worden gezien van het besluit als geheel. Is dat niet zo dan is de beslissing op het verzoek een besluit van algemene strekking en derhalve niet voor Arob-beroep vatbaar. Wanneer men analoog aan het adressaatsvereiste en het zaaksvereiste ook hier van een vereiste zou willen spreken, dan zou dit het vereiste van het ontbreken van samenhang moeten zijn.

Het samenhangcriterium is van geheel andere aard dan adressaats- en zaaks criterium. Terwijl bij de laatste, uitgaande van een gegeven besluit, de vraag luidt of dit besluit algemene strekking heeft, betreft het samenhangcriterium de vraag of er, gegeven de niet-algemene strekking, sprake is van een besluit dat zich voor afzonderlijke beoordeling door de rechter leent.

Is niet voldaan aan het adressaats- of zaaksvereiste dan kan het ontbreken van samenhang op zichzelf nooit het aannemen van een beschikking rechtvaardigen.<sup>467</sup> Het antwoord op de vraag naar de samenhang kan uiteraard niet alleen in het bestreden besluit worden gevonden. Blijkt het bestreden besluit zodanige samenhang met het grotere besluit waarvan het deel uitmaakt te vertonen, dat het daarvan niet los kan worden gezien, dan houdt het bestreden besluit in feite in het weigeren om het grotere besluit te wijzigen of in te trekken. Is dat grotere besluit van algemene strekking, dan is ook bedoelde

weigering een besluit van algemene strekking. Niet het bestreden besluit - zoals de weigering om een deel van een bestemmingsplan te wijzigen - is van algemene strekking, maar het 'basisbesluit' - in casu het bestemmingsplan zelf -. Vanwege de bestaande samenhang wordt appellant dan geacht tegen het grotere, van algemene strekking zijnde, besluit beroep te hebben ingesteld.<sup>468</sup>

Het samenhangcriterium wordt voornamelijk gehanteerd bij plannen en daarop lijkende besluiten. Enerzijds heeft de rechter het beroep tegen onderdelen van plannen e.d., welke onderdelen aan de beschikingsvereisten voldoen niet willen blokkeren, anderzijds wenst hij geen uitspraken te doen die de facto neerkomen op een beoordeling van de inhoud van besluiten van algemene strekking. De oplossing voor dit probleem heeft hij gevonden in het samenhangcriterium. Maar zoals zo vaak roept ook deze oplossing weer een nieuw probleem op: wanneer is er sprake van (wezenlijke) samenhang?

#### 5.3.4.2 *Plannen in de Wet op de Ruimtelijke Ordening*

In Vz.Afd.R. 10.5.1977, tB/S V, p. 56, Gem.stem 6464, 10 (Broekheurnering) werd de weigering een deel van een bestemmingsplan te herzien, met als doel de aanleg van een tweede rijbaan van de weg genaamd Broekheurnering, van algemene strekking geacht. Beloop en profiel van deze weg kunnen niet als een op zichzelf staande aangelegenheid worden beschouwd. Deze weg, tot ringverbinding bestemd, 'heeft een essentiële functie in het totaal van de bestemmingen die aan de in het plan begrepen gronden zijn gegeven, zodat zij daarvan niet los kan worden gezien.' Bepalend moet worden geacht 'of en in hoeverre het besluit een essentiële wijziging brengt in het samenhangend geheel van de in het van kracht zijnde plan opgenomen bestemmingen.' (Vz.Afd.R. 17.12.1981, tB/S V, p. 1036).

In het geval het honoreren van een verzoek zou leiden tot wijziging van enkele voorschriften en bestemmingen oordeelde de Afdeling dat de herziening 'niet zodanig vastomlijnd en op zichzelfstaand (is) dat deze uit het samenhangend geheel van bestemmingen en voorschriften, dat het bestemmingsplan vormt, kan worden losgemaakt . . .'. (Afd.R. 20.11.1981, AB 1982, 80, Gem.stem 6712, 5). Een dergelijke omschrijving treffen we ook aan in Afd.R. 8.10.1980, tB/S V, 199 inzake de situering van een bepaalde weg in een streekplan. De aanwijzing van de Minister van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening, ingevolge artikel 38, lid 1 Wet op de Ruimtelijke Ordening, een streekplan zodanig te herzien dat aan een bepaald gebied 'een zodanige aanduiding gegeven wordt, dat dit kan worden ingericht en

gebruikt voor militaire doeleinden' - waarbij de te treffen maatregelen nauwkeurig waren aangeduid - maakt maatregelen mogelijk, die 'in hun onderling verband een samenhangend geheel van onderdelen (vormen), waarvan niet een of meer op zichzelf kunnen worden beoordeeld.' Aldus de Afdeling in deze zaak.

Ook bij besluiten waarbij vrijstelling wordt verleend van planvoorschriften wordt het samenhangcriterium gehanteerd. Is de vrijstelling er op gericht een activiteit mogelijk te maken die niet 'los kan worden gezien van de overigens in het bestemmingsplan begrepen gronden en de daaraan gegeven bestemmingen', dan deelt de vrijstelling in het karakter van het plan als geheel. Een dergelijke samenhang deed zich voor in Afd.R. 20.3.1980, AB 465 - waaruit voorgaand citaat - waar de aanleg van een fietspad met vertakkingen over een lengte van 1.5 km niet als een op zichzelf staande verkeersvoorziening werd aange merkt. In Vz.Afd.R. 24.3.1981, BR, p. 709 werd de aanleg van het daar in het geding zijnde fietspad wel als een op zichzelf staand werk gezien. Het ene fietspad is het andere niet, dus deze uitspraken hoe ven beslist niet strijdig te zijn. Wel maken ze duidelijk dat de rechter een planologische toetsing verricht die toch eigenlijk bij bestuursor ganen thuishoort.

Men kan zich met Van Zanten<sup>469</sup> afvragen wat voor consequenties een vernietiging van een aangevochten weigering heeft. Als de raad al is gehouden de gevraagde bestemmingswijziging vast te stellen, wat is dan nog de betekenis van inspraak, bezwaar en beroep, welke figuren de uiteindelijke werking van een bestemmingsplan plegen vooraf te gaan? In de meeste gevallen<sup>470</sup> levert de ontvankelijkheid van appellanten hen ook niets op, vanwege de - terecht - zeer terughoudende opstelling van de rechter. Natuurlijk, zonder Arob-beroep zouden ze helemaal met lege handen staan, want de voorzieningen van de Wet op de Ruimtelijke Ordening zijn op weigeringen niet van toepassing. Het lijkt er dan ook op dat de kennelijke wil de burger een eind tegemoet te komen in deze het ontvankelijkheidsbeleid bepaalt. De prijs hiervoor zal voor degene die meent dat de rechter geen planologie moet bedrijven hoog worden gevonden: onduidelijkheid over het beschikkingsbegrip, onvoorspelbaarheid van de rechterlijke beslissingen.

Thans zal worden nagegaan of de Arob-rechter ook buiten het terrein van de ruimtelijke ordening aan de hand van het samenhangcriterium plan-elementen wegens het ontbreken van samenhang met het geheel als beschikkingen beschouwt.

#### 5.3.4.3 *Andere plannen e.d.*

In enkele uitspraken is het besluit van gedeputeerde staten ex artikel 4, lid 4 Wet Ambulancevervoer, welk besluit zou kunnen worden aangeduid als ambulanceplan - het bepalen van het aantal en de categorieën ambulances per gebied -, aan de orde geweest. In één uitspraak ging het om de aanwijzing van een gebied door provinciale staten ex artikel 4, lid 2. Bij zo'n besluit wordt de provincie opgedeeld in een aantal gebieden. Voor elk van deze gebieden wordt door gedeputeerde staten een minimum en maximum aantal toegelaten ambulances vastgesteld. De gemeentebesturen moeten, afzonderlijk of gezamenlijk via een gemeenschappelijke regeling (artikel 5), voor elk gebied een centrale post instellen. Het is verboden ambulancevervoer te verrichten zonder opdracht van de leiding van de centrale post in het desbetreffende gebied (artikel 2). Tevens moet men over een vergunning beschikken (artikel 2).

In de jurisprudentie over het ambulanceplan zien we een interessante schakering in het gebruik van adressaatscriterium, samenhangcriterium en een combinatie daarvan om te komen tot het oordeel dat van een besluit van algemene strekking sprake is. In Wnd.Vz.Afd.R. 5.9.1978, tB/S V, 101 werd dit oordeel gebaseerd op de artikelen 4, lid 5 en 10 en op de wetsgeschiedenis, waaruit zou blijken dat het besluit ex artikel 4, lid 4 een regeling is. Genoemde bronnen spreken steeds van regelen of regelende bevoegdheid wanneer het over bedoeld artikellid gaat. Op zichzelf is dit terminologische argument erg zwak, maar het geeft aan dat de rechter bij dit besluit niet aan een bepaalde of bepaalbare groep adressaten denkt. In Afd.R. 11.3.1980, AB 463 en Afd.R. 14.7.1980, AB 464 gaf de Afdeling te kennen dat niet aan het adressaatsvereiste was voldaan, maar gaf daarna - ten overvloede? - aan, dat de samenhang tussen de diverse getalsnormeringen ook al op de algemene strekking duidt: 'Daargelaten, dat de normering niet voor individueel aan te wijzen gevallen bedoeld is - hetgeen op zichzelf reeds op de algemeenheid van de regeling duidt - wordt de getalsnormering ingevolge de voormelde bepaling van de Wet Ambulancevervoer bovendien in verband gebracht met de uit de gezamenlijke normeringen voor de gehele provincie Overijssel (respectievelijk Friesland, F.M.) verkregen spreading'.

In Afd.R. 5.2.1982, tB/S V, 255 tenslotte wordt de aanwijzing van een gebied waarvoor een centrale post werkzaam zal zijn uitsluitend bezien in zijn samenhang met andere gebiedsaanwijzingen en om die reden, als maatregel 'van zo algemeen structurele aard' een besluit van algemene strekking geoordeeld. (Het bestreden besluit was de

weigering enkele gemeenten bij een andere centrale post in te delen). Het besluit van GS inzake de normering kent eigenlijk geen adressaten, het is louter zelfbinding. GS binden zich namelijk met betrekking tot het aantal te verlenen vergunningen per gebied. Het besluit is een getalsmatige invulling van een wettelijke norm, is daarmee bestanddeel van de wet en uit dien hoofde van algemene strekking. Overwegingen omtrent samenhang zijn mijns inziens dan ook overbodig. Het besluit van PS strekt ertoe de in de wet aan de gemeentebesturen opgelegde verplichting een centrale post in te richten nader te concretiseren: de aanwijzing bepaalt of een bepaalde gemeente dit alleen of met andere gemeenten - en zo ja met welke - moet doen. Dit besluit zou dus heel goed als een aantal samenhangende beschikkingen kunnen worden beschouwd. Dan is ook verklaarbaar waarom de Afdeling niet het adressaatscriterium, maar uitsluitend het, nu wel relevante, samenhangcriterium hanteert. 'Een zodanige aanwijzing staat niet op zichzelf, doch hangt - gezien het uitgangspunt dat het gehele land wordt bestreken door centrale posten - samen met andere gebiedsaanwijzingen.' Anders dan bij bestemmingsplannen lijkt er hier geen enkele ruimte voor het aannemen van op zichzelf staande, voor beroep vatbare beschikkingen. Een en ander geldt mutatis mutandis voor het woonwagenplan.

Ingevolge artikel 4a, lid 1 Woonwagenwet kunnen PS voor de provincie of een of meer delen daarvan zo'n plan vaststellen, waarin de gemeenten worden aangewezen die alleen of met bepaalde andere gemeenten één of meer woonwagencentra in stand moeten houden. Ook hier zou ik niet aarzelen van een aantal samenhangende beschikkingen te spreken, die, gelet op het samenhangcriterium, te zamen een besluit van algemene strekking vormen. Het geheel is hier méér dan de som der delen. In Afd.R. 30.10.1980, tB/S V, 204 merkte de Afdeling hierover op: 'De Afdeling stelt voorop dat naast de vaststelling van het woonwagenplan in zijn geheel, ten aanzien van de verschillende onderdelen van dat plan, hoezeer zij ook concrete en voor een bepaalde gemeente geldende aanwijzingen inhouden, geen sprake is van afzonderlijke beschikkingen.' Deze aanwijzingen maken deel uit van het plan, maar zijn geen *afzonderlijke* beschikkingen. Het zijn eigenlijk wel beschikkingen, maar geen voor afzonderlijke beoordeling vatbare.<sup>471</sup>

De algemene strekking van het plan was door de Afdeling óók nog afgeleid uit de omvang van het door het plan bestreken gebied. Dit nu lijkt me een misvatting: de gemeenten zijn de adressaten van het plan, respectievelijk de aanwijzingen die het plan bevat. Het plan betreft

derhalve een bepaald aantal naar identiteit bekende rechtsgemeenschappen. De omvang van hun grondgebied kan daarbij niet van belang zijn. Wanneer de Afdeling dit wel van belang zou vinden, zou ze het samenhangcriterium niet meer nodig hebben. Of moet de samenhang hier als reden voor het gebruik van het zaakscriterium worden gezien dan wel andersom? Het gebruik door de rechter van meer criteria tegelijk ontnemt het zicht op de betekenis van de criteria afzonderlijk. En als dan een criterium dat naar mijn mening wel van belang is, het adressaatscriterium, niet wordt gebruikt dan ligt de 'verdenking' van het gebruik der eclectische methode voor de hand. Soortgelijke overwegingen als hiervoor vermeld inzake het woonwagengplan zijn te vinden in Afd.R. 11.1.1982, AB 356, Gem.stem 6720, 5. Hetzelfde karakter wordt, met dezelfde motivering, toegekend aan het besluit van GS ex artikel 4a, lid 10 Woonwagengwet, waarbij gemeenten op termijn worden gesteld om aan hun verplichting woonwagencentra in stand te houden te voldoen. (Vz.Afd.R. 2.5.1983, tB/S V, 299).

Ook de verschillende wegenplannen op basis van de Wet Uitkeringen Wegen zijn besluiten van algemene strekking. Zie Afd.R. 31.7.1980, AB 1981, 4, Gem.stem 6647, 6 inzake het door PS vastgestelde tertiair wegenplan. Dit plan is overigens niet op rechtsgevolg gericht.<sup>472</sup> De Afdeling laat de ontvankelijkheid echter afketsen op de samenhang: 'Aan het opnemen van een of meer wegen komt geen van de planvaststelling te onderscheiden betekenis toe.'

Soms wordt het samenhangcriterium niet gebruikt, waar men het op grond van het voorgaande wel zou verwachten. In enkele uitspraken heeft de Afdeling het besluit van GS tot voorlopige vaststelling van het 'ruilverkavelingsplan' ex artikel 36, lid 2 Ruilverkavelingswet een besluit van algemene strekking genoemd. (Afd.R. 12.1.1978, AB 406, tB/S V, p. 211 en Afd.R. 8.6.1978, BR, p. 679). Dit besluit zou overigens al op grond van artikel 2, lid 1 Wet Arob niet voor beroep in aanmerking komen.

Wel op rechtsgevolg gericht is het besluit waarbij het plan van wegen en waterlopen en het landschapsplan (hierboven samengebracht onder de noemer ruilverkavelingsplan) door GS definitief wordt vastgesteld (artikel 79, lid 6). Dit besluit heeft rechtsgevolgen voor eigendom, beheer en onderhoud van openbare wegen enz. (zie artikel 80). Vanwege het algemene karakter van de ruilverkaveling, aldus de Afdeling, is een (onderdeel van een) besluit dat deel uitmaakt van de totstandkoming van een besluit van algemene strekking als de vaststel-

ling van het ruilverkavelingsbesluit, bedoeld in artikel 37, ook zelf van algemene strekking. Wat nu zo opmerkelijk is, is dat bij deze planbesluiten het samenhangcriterium niet wordt gebruikt. De algemene strekking van de ruilverkaveling wordt gebaseerd op het feit dat bij de ruilverkaveling als hier bedoeld - dus niet die krachtens overeenkomst - 'alle in een bepaald blok opgenomen onroerende goederen zijn betrokken'. Maar dat is wel een bepaald aantal bekende objecten. Ik roep in herinnering de uitspraak waarbij de machtiging van GS aan B & W een onbepaald aantal woonwagens te verwijderen juist om deze reden géén beschikking werd geacht. Overigens, het ruilverkavelingsbesluit wordt genomen door de eigenaren of pachters van de betrokken onroerende goederen en is derhalve niet afkomstig van een administratief orgaan. (Vz.Afd.R. 24.1.1981, tB/S V, 216). Het in verband brengen met dit besluit van daaraan voorafgaande besluiten lijkt voor de typering van die besluiten daarom niet juist.

Het samenhangcriterium werd ook niet gebruikt, waar men het wellicht zou verwachten, bij de formele beoordeling van een besluit waarbij een taxi-dienstrooster werd vastgesteld door B & W van Amsterdam (Vz.Afd.R. 28.11.1978, tB/S V, 111). Zo'n besluit is van algemene strekking omdat iedere vergunninghouder zich aan dat rooster moet houden. Maar dat rooster bestaat uit elementen die zich elk tot een bepaalde vergunninghouder richten. De vergunninghouder moet zich aan dat ene op hem betrekking hebbende onderdeel van het rooster houden, de rest van het rooster is niet relevant. Anders dan bij gebiedsaanwijzingen, die óók, juist als dit rooster, een verlengstuk van een regeling vormen, richt een dienstrooster zich tot een aantal als zodanig aangewezen personen. Komen er nieuwe vergunninghouders dan zullen die persoonlijk in een nieuw rooster worden opgenomen. Meer vrede zou ik dan ook hebben met de motivering, dat de verschillende onderdelen zodanig met elkaar samenhangen, dat deze niet los van elkaar kunnen worden beoordeeld. Het resultaat, besluit van algemene strekking, blijft hetzelfde.

De toekenning van zendtijd aan een omroeporganisatie werd als beschikking beschouwd, omdat 'de Radiozendtijdbeschikking 1980 in zijn verschillende onderdelen concrete, geïndividualiseerde rechtsgevolgen in het leven roept. . . .' (Wvd.Vz.Afd.R. 8.9.1980, tB/S V, p. 831). Dat wil zeggen dat deze 'beschikking' bestaat uit een aantal afzonderlijke besluiten (beschikkingen) inhoudende de toewijzing van zendtijd aan de diverse zendgemachtigden. Ook hier lijkt het samenhangcriterium van toepassing, want, zoals Ten Berge en Stroink in hun aantekening opmerken: 'Wat de een krijgt, kan de ander niet

meer krijgen.' De totale zendtijd ligt immers vast.<sup>473</sup> De waarnemend voorzitter negeerde dit punt zonder meer.

Heel uitdrukkelijk daarentegen speelde het samenhangcriterium een rol bij het besluit tot verdeling van zendtijd over de zendernetten. (Afd.R. 25.11.1980, tB/S V, 210). Beoordeling van een stukje van die verdeling heeft onvermijdelijk gevolgen voor de rest van het zend-schema. 'De Afdeling is dan ook van oordeel, dat ook het door appellante bestreden onderdeel van de Radiozendtijdsbeschikking 1979 niet zodanig op zichzelf staand is dat dit uit het samenhangend geheel van onderdelen zou kunnen worden losgemaakt en als afzonderlijke beschikking zou kunnen worden aangemerkt.'

Een zekere samenhang is er ook bij de welzijnsplannen, beleidsprogramma's e.d. in het kader waarvan subsidies worden verleend. Ook daar kent de rechter aan die samenhang geen doorslaggevende betekenis toe. Het samenhangcriterium wordt niet gebruikt. Zie Afd.R. 13.11.1981, tB/S V, 245, AB 1982, 206 (Beleidsprogramma Zeist) en Afd.R. 19.4.1982, AB 355, Gem.stem 6720, 4 (Welzijnsplan Middelburg). Ik meen dat daarvoor een goede reden is. Samenhang op zichzelf is nooit een reden geweest voor de Arob-rechter om een besluit van algemene strekking aan te nemen, wel zodanige samenhang dat een onderdeel niet los van de rest van het besluit kan worden gezien. Een dergelijke samenhang nu is bij welzijnsplannen niet aan de orde. Wanneer daarin tien te subsidiëren instellingen zijn opgenomen dan betekent de vernietiging van de weigering een elfde op te nemen niet, dat er één van de tien uit moet of dat de tien gezamenlijk minder geld krijgen. Wel is er wellicht een begrotingswijziging nodig, maar daartoe kan door de raad worden besloten en geen college van GS zal aan een dergelijke wijziging goedkeuring onthouden wanneer deze nodig is vanwege een rechterlijke uitspraak.

Het is ook soms verwarrend om bij een bundel beschikkingen van een plan of programma te spreken. Welzijnsplannen zijn eigenlijk de schriftelijke weergave van het in een beleidsmatig kader plaatsen van (onder meer) een reeks beschikkingen. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en - soms - pseudowettelijke regelingen eisen ook een dergelijke aanpak. Dit ziet echter op de rechtmatigheid van de inhoud van de subsidiebeslissingen en niet op hun rechtskarakter. Subsidiebeslissingen verliezen hun beschikkingskarakter niet doordat ze in het kader van een samenhangend beleid worden geplaatst. Borman meent dat er bij de subsidiegelden een onwrikbaar totaal is: 'Meer geld komt er niet, en dus moet de toevoeging van Y de schrapping



van X betekenen.’<sup>474</sup> Zoals al aangegeven meen ik dat het zo niet ligt.

Anders dan bij de hiervoor besproken plannen waarbij aan het samenhangcriterium werd getoetst leidt een rechterlijke uitspraak hier niet tot wijziging van het plan zelf. Er wordt ‘slechts’ een financiële aanspraak geschapen of veranderd.

Het besluit tot vaststellen of wijzigen van de begroting is van algemene strekking. (Afd.R. 14.12.1982, tB/S V, 286, Gem.stem 6755, 4 en Afd.R. 4.5.1984, AB 412). Een besluit tot (gedeeltelijke) wijziging komt hetzelfde karakter toe ‘vanwege de onderlinge samenhang tussen de verschillende begrotingsposten . . .’. De begroting, ook wel als plan van uitgaven op te vatten, is eigenlijk een reeks met elkaar samenhangende machtigingen om uitgaven te doen. Voor de gemeentebegroting kan nog een extra argument voor de algemene strekking worden ontleend aan de aard van de begroting: ze moet kloppend zijn. De wet gaat ook van de eenheid der begroting uit (artikel 245 gemeentewet).

#### 5.3.4.4 *Andere besluiten*

De vaststelling van het bijzonder reglement van een waterschap is één geheel en als zodanig van algemene strekking. (Afd.R. 4.9.1980, AB 1982, 483). Het regelingskarakter van het reglement lijkt het beroep zonder meer uit te sluiten, maar de Afdeling betrok ook - ten overvloede - het samenhangcriterium in haar overwegingen.

Geen indicatie voor toetsing aan het samenhangcriterium was er in Afd.R. 26.7.1984, tB/S V, p. 1444, waarin de weigering om een investeringspremieregeling op een bepaald gebied van toepassing te verklaren aan de orde was.<sup>475</sup> De keuze van de gebieden waarvoor de regeling van toepassing is vindt plaats mede op basis van vergelijking met andere gebieden. De verschillende gebiedsaanwijzingen vormen derhalve een ‘geheel van onderling op elkaar afgestemde beleidsbeslissingen’. En daarom nam de Afdeling - ‘in verband met deze verwevenheid’ - een besluit van algemene strekking aan. Dat is toch wel kras, want men zou toch wensen dat elke beschikking in een beleidskader past.<sup>476</sup> In casu is niet van een zodanige samenhang sprake dat andere gebiedsaanwijzingen daardoor moeten veranderen. Wel ligt, vanwege de grote beleidsmarge, ongegrondverklaring van het beroep voor de hand. Als een overweging ten overvloede merkt de Afdeling nog op dat het besluit ‘in beginsel gevolgen heeft voor alle in het gebied gevestigde of te vestigen bedrijven’. En daarom gaat het nu juist. Overwegingen omtrent samenhang zijn in het verband van de ontvan-

kelijkheidsvraag dan niet meer relevant.

Een zelfde opmerking geldt Vz.Afd.R. 26.3.1985, AB 468, in ander verband al eerder besproken, betreffende de aanwijzing van een gebied waar bepaalde verbodsbepalingen inzake prostitutie niet gelden. Als overbodig, maar mijns inziens ook onjuist argument voor de algemene strekking van het besluit werd aangevoerd, 'dat de overwegingen welke aan de onttrekking ten grondslag liggen een onlosmakelijk onderdeel vormen van een meer algemeen proces van afweging om te kunnen beoordelen in welke gebieden van de gemeente de verbodsbepalingen wel en in welke gebieden deze niet van toepassing dienen te zijn.' Natuurlijk, wanneer de gemeente een prostitutievrije zone wil en een bepaalde locatie wordt door de rechter verboden, dan zal naar een andere moeten worden omgezien. Of de gemeente dat doet en tot welke uitkomst ze dan komt is grotendeels een beleidskwestie. De rechter beoordeelt dit marginaal. Maar dan zijn we, zoals gezegd, met de inhoud van besluiten bezig en niet met hun juridische typering.

#### 5.4 De ketentheorie

Evenals bij de rechtshandeling naar burgerlijk recht worden ook hier bepaalde besluiten die geen algemene strekking hebben voor wat de mogelijkheid van beroep betreft op één lijn gesteld met besluiten van algemene strekking. Nu past op dit punt enige voorzichtigheid, want het is maar wat men onder algemene strekking verstaat. In de (achterhaalde) dichotomie beschikking - regeling zal een besluit tot goedkeuring van een verordening toch wel als beschikking moeten worden gezien, maar de Arob-wetgever heeft een ruimere categorie algemene besluiten dan regelingen uitgezonderd van beroep, blijkens de Memorie van Toelichting óók o.a. besluiten tot goedkeuring van regelingen.<sup>477</sup> Anders dan bij de rechtshandeling naar burgerlijk recht heeft de rechter voor de ketentheorie bij besluiten van algemene strekking kunnen steunen op de parlementaire geschiedenis. Overigens is hij voortgegaan op de weg die de Kroon bij beslissingen ingevolge de Wet Bab - ook de Wet Bab zonderde besluiten van algemene strekking uit van beroep - al had gewezen. Zie KB 14.2.1966, nr. 22, K/vM jur.besch. p. 9 en KB 24.10.1968 nr. 18, K/vM, jur.besch. p. 61.

Er volgen nu enkele voorbeelden uit de Arob-jurisprudentie. Wanneer

een verordening algemene strekking heeft, is ook de vernietiging daarvan, alsmede het instellen van beroep tegen die verordening ten-einde vernietiging te bewerkstelligen, een besluit van algemene strekking.<sup>478</sup> (Afd.R. 15.7.1977, AB 1978, 151). Het betrof in casu de weigering van de minister zich met toepassing van artikel 173 EEG-Verdrag tot het Hof van Justitie der EEG te wenden. Een besluit 'dat uitsluitend gericht is op de totstandkoming van een besluit van algemene strekking (deelt) dit karakter'. Drie andere uitspraken nog betreffende totstandkoming van besluiten: Afd.R. 8.10.1980, BR 1981, p. 248 e.v.: een streekplan is een besluit van algemene strekking, aangezien de toekomstige ontwikkeling van het in het plan begrepen gebied in hoofdlijn wordt aangegeven.<sup>479</sup> 'Een aanwijzing als bedoeld in artikel 38, eerste lid voornoemd (Wet op de Ruimtelijke Ordening, F.M.) omtrent de inhoud van een streekplan deelt in het algemene karakter van een besluit tot vaststelling van een streekplan.' Wnd.Vz.Afd.R. 11.9.1979, Gem.stem 6624,4: B & W hebben een ontwerp-uitwerkingsplan vastgesteld, waarmee de gemeenteraad, op grond van een voorschrift bij het desbetreffende globale bestemmingsplan daartoe uitgenodigd heeft ingestemd. 'Daarna konden burgemeester en wethouders met toepassing van artikel 11 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening het uitwerkingsplan vaststellen. Uit het vorenstaande volgt dat het besluit van verweerder (de raad, F.M.) een besluit van algemene strekking is.' Dat vaststelling van het uitwerkingsplan dat ook is wordt door de voorzitter - ex artikel 78 Wet RvS rechtsprekend - blijkbaar evident geacht. Het aangaan van een gemeenschappelijke regeling is van algemene strekking, derhalve ook de overdracht van de bevoegdheid deze aan te gaan. (Vz.Afd.R. 2.1.1980, tB/S V, p. 567).

De inwerkingtreding van een regeling was aan de orde in Vz.Afd.R. 21.12.1978, tB/S V, 114, waar de concessie tot het heffen van haven-geld, verleend bij KB, als besluit van algemene strekking werd aangemerkt. De concessie bevatte tevens een tariefregeling, volgens welke de gelden mochten worden geheven. De concessie nu is er op gericht de tariefregeling in werking te doen treden, aldus de voorzitter. Gezien dit laatste ligt aanmerking als besluit van algemene strekking voor de hand, het bijzondere is dat de inwerkingtreding op privaatrechtelijk getinte wijze plaatsvindt.<sup>480</sup> Gelet op de Afdelingsjurisprudentie inzake publiek domein moet het publiekrechtelijke aspect hier echter worden geacht te overheersen.

In het kader van de inwerkingtreding van besluiten speelt natuurlijk

ook de figuur van goedkeuring een belangrijke rol.

In Afd.R. 6.3.1983, AB 354 oordeelde de Afdeling een uitwerkingsplan van B & W een besluit van algemene strekking. 'Dit laatste geldt naar het oordeel van de Afd. ook voor het goedkeuringsbesluit van verweerders (GS, F.M.), aangezien dit besluit onlosmakelijk verbonden is met het besluit van B & W en voor wat de mogelijkheid van beroep betreft met dit besluit op één lijn staat.'

Goedkeuring van een (wijziging van een) regeling was aan de orde in Vz.Afd.R. 8.12.1981, tB/S V, p. 988 en Afd.R. 21.3.1983, tB/S V, p. 1240, ongegrondverklaring van een beroep tegen de onthouding van goedkeuring aan de wijziging van reglementen in Vz.Afd.R. 9.11.1984, AB 1985, 597.

Een fraai voorbeeld ter rechtvaardiging van de term ketentheorie levert Afd.R. 8.5.1981, AB 553. De door de gemeenteraad van Gronsvelt vastgestelde Bijdrageregeling ontsluiting particulier bouwterrein 1975 is een besluit van algemene strekking, dus ook de intrekking van die regeling.<sup>481</sup> 'In samenhang met die intrekking heeft voornoemde raad bepaald dat alle op grond van die regeling ingevorderde bedragen aan de betrokkenen zullen worden terugbetaald, inclusief de daarover verschuldigde rente. Ook dit besluit, dat gericht is op het ongedaan maken van de werking die de Bijdrageregeling in financieel opzicht heeft gehad, is te beschouwen als een besluit van algemene strekking. Naar het oordeel van de Afd. moet hetzelfde gelden voor de aan verweerders ter goedkeuring aangeboden begrotingswijziging, welke een sequeel is van eerderevermelde besluiten van algemene strekking. Aan een besluit inzake de goedkeuring van een besluit van algemene strekking komt ook zelf dat karakter toe.'

Het besluit tot vaststelling van de bijdrageregeling, de intrekking daarvan, het besluit tot algehele terugbetaling<sup>482</sup>, de begrotingswijziging en de (onthouding van) goedkeuring<sup>483</sup> hebben alle vijf algemene strekking.

Naast totstandkoming, goedkeuring en andere figuren betreffende inwerkingtreding en intrekking is de ketentheorie ook van toepassing op vernietiging. Zie de reeds behandelde uitspraak inzake eventuele vernietiging door het Hof van Justitie der EEG van een verordening (Afd.R. 15.7.1977, AB 1978, 151).

Dat besluiten die een zekere samenhang vertonen niet altijd een keten vormen maakt Afd.R. 22.9.1981, AB 588, Gem.stem 6712, 2 duidelijk. De gemeenteraad van 's-Hertogenbosch had besloten tot onteigening van de gronden en opstellen begrepen in de eerste, tweede en

derde fase van het bestemmingsplan 'Maaspoort'. Ofschoon dit bestemmingsplan als een besluit van algemene strekking moest worden aangemerkt, gold dit niet voor het onteigeningsbesluit. Deze besluiten zijn naar hun aard niet met elkaar gelijk te stellen, aldus de Afdeling. 'Immers, een bestemmingsplan roept voor het betrokken gebied een heel stelsel van bepalingen met betrekking tot bouwen, aanleggen en gebruiken in het leven, dat bovendien voor een niet nader bepaalde groep van personen gevolgen heeft. Het effect van het onteigeningsbesluit is daarentegen slechts dat aan het gemeentebestuur de bevoegdheid wordt gegeven de, met naam en toenaam bekende, eigenaren voor bepaalde exact aangeduide percelen te dagvaarden, teneinde de eigendom van die percelen te verwerven tegen een nader vast te stellen schadeloosstelling. Van het van kracht worden van algemeen geldende voorschriften is daarbij geen sprake.'

Een onteigeningsbesluit als hier bedoeld is een bundel beschikkingen.<sup>484</sup> Daarmee staan op één lijn - en zijn dus ook beschikkingen - het besluit tot goedkeuring van het onteigeningsbesluit en het besluit bedoeld in artikel 80 Onteigeningswet tot verlenging van de termijn waarbinnen of de eigendom moet zijn overgedragen of de eigenaar moet zijn gedagvaard. Om dit laatste besluit ging het in de onderhavige procedure (tegen GS van Noord-Brabant). Het onteigeningsplan is weliswaar gebaseerd op het bestemmingsplan, een bestuursmatige samenhang is ontegenzeggelijk aanwezig, maar de rechtsgevolgen zijn zeer verschillend: bij het bestemmingsplan algemeen verbindende voorschriften, bij het onteigeningsplan aflopende beschikkingen ten aanzien van de individuele eigenaren. Het betreft hier twee zelfstandige besluiten. Meer algemeen kan worden gesteld dat de ketentheorie alleen van toepassing is op besluiten die niet los kunnen worden gedacht van het basisbesluit, die geen zelfstandige betekenis hebben. Een besluit tot goedkeuring is niets wanneer die goedkeuring niet een bepaald besluit of een bepaalde handeling betreft. Hetzelfde geldt voor intrekking, vernietiging e.d.

Eén punt verdient nog nadere aandacht. In haar bijdrage aan de Van der Hoeven-bundel heeft Tjin gesteld dat de wetsgeschiedenis slechts duidelijkheid bood inzake besluiten tot goedkeuring van algemeen verbindende voorschriften, maar niet inzake besluiten tot goedkeuring van andere besluiten van algemene strekking. En voor die goedkeuringsbesluiten zou kunnen worden verdedigd dat het beschikkingen zijn.<sup>485</sup> Niet dat de burger daar veel aan heeft, hij zal dan namelijk weliswaar niet niet-ontvankelijk zijn in verband met artikel 2, maar wel wegens het niet voldoen aan het vereiste van artikel 7, het

rechtstreeks in zijn belang getroffen zijn. Ook mij lijkt het echter dogmatisch juister hier het adressaatscriterium te hanteren en het besluit tot goedkeuring van een ander besluit altijd als beschikking te zien, óók als het goed te keuren besluit van algemene strekking is. De adressaat van het goedkeuringsbesluit immers is volstrekt bepaald. Dit geldt ook bij de goedkeuring van wetgeving, maar daar steekt de wetsgeschiedenis een spaak in het dogmatische wiel.

## 6 Balans

### 6.1 Uitgangspunt

Na de analyse van de Arob-jurisprudentie in de voorgaande hoofdstukken kan nu de balans worden opgemaakt. Daarbij dient een aantal dingen in het oog te worden gehouden. Sprekend over *de* jurisprudentie over het beschikkingsbegrip kan men moeilijk tot duidelijke kwalificaties komen. Nu eens verdient zij volle ondersteuning, dan weer scherpe afwijzing en niet zelden is van een mengeling van waarderend en reserve sprake.

Een en ander hangt sterk samen met het uitgangspunt dat men inneemt. Vooropgesteld moet worden, dat de rechter een grote vrijheid bezit bij het interpreteren van wettelijke begrippen en bepalingen. Hij mag echter niet handelen in strijd met de wet. Een kenmerk van de rechtsstaat is immers dat de overheid, dus ook de rechter, zich aan de wet houdt. Overigens drukt de Wet Algemene Bepalingen (artikel 11) dit ook uit: 'De regter moet volgens de wet regt spreken; hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen.' Voor zover deze bepaling een verbod tot het bedrijven van rechtspolitiek zou inhouden zou ze verder gaan dan thans algemeen aanvaardbaar wordt geacht. Rechtspolitiek kan zich beperken tot het maken van keuzes uit verschillende interpretaties. En omdat wetsbepalingen zelden echt duidelijk zijn kan men met verschillende interpretatiemethoden tot verschillende betekenissen concluderen. Wanneer rechtspolitiek tot een contra legem opvatting leidt wordt zij problematischer ofschoon het primaat van de wet niet meer geheel vanzelfsprekend is, vooral bij (zeer) oude wetten. Bij een jonge wet als de Wet Arbo is een contra legem handelen door de rechter eigenlijk niet goed te verdedigen. De vraag is alleen wanneer van een correcte respectievelijk contra legem uitleg sprake is. Dat de rechter deze vraag zelf beantwoordt en zijn antwoord het enige is dat rechtens relevant is, ontslaat de rechtswetenschap er niet van zijn antwoorden kritisch

te bekijken en zo nodig van het etiket contra legem te voorzien. Het is dan aan de rechter om zich daarvan eventueel iets aan te trekken.

Naarmate een begripsbepaling in een wet vager is, zal bedoeld etiket minder snel kunnen worden opgeplakt. Het beschikkingsbegrip van de Wet Arob, zoals omschreven in artikel 2, is tamelijk vaag. Daarmee heeft de Arob-rechter een analoge vrijheid om dit begrip nader vorm te geven. Deze vrijheid vormt echter tevens een opgave. De rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht eisen dat die vorm herkenbaar wordt. Dit betekent dat de rechter in zijn jurisprudentie een zo groot mogelijke consistentie moet betrachten. Dat is méér dan het vermijden van regelrechte inconsequenties, het is ook het aangeven van lijnen die de voorspelbaarheid van toekomstige rechterlijke beslissingen zo groot mogelijk maken. Dit zou met name mogelijk moeten zijn bij ontvankelijkheidskwesties, dus ook bij artikel 2, waarbij het om nogal abstracte technisch-juridische vragen gaat waarop het antwoord slechts ja of neen kan zijn. Bij ontvankelijkheid geldt: men is het of men is het niet.<sup>486</sup> Het is ook noodzakelijk omdat - anders dan in de dogmatiek - aan het oordeel van de rechter rechtsgevolg is verbonden.

Niettemin heeft de uitleg van het beschikkingsbegrip de rechter voor duizend vragen gesteld. Hij is geroepen door een samenstel van consistente antwoorden het werk van de wetgever te voltooien. Daarbij kan hij zich gesteund voelen door de dogmatiek, ontwikkeld om het recht zo overzichtelijk mogelijk te maken. De dogmatiek kan hem echter niet de wet voorschrijven en zal op haar beurt invloed ondergaan van de rechtspraak.

Inmiddels bieden tekst en parlementaire geschiedenis van artikel 2 Wet Arob de rechter een aantal aanknopingspunten. Voor de parlementaire behandeling moge ik verwijzen naar hoofdstuk 2. Daarin zijn twee dingen heel duidelijk naar voren gekomen. De wetgever wilde een ruimer beschikkingsbegrip dan dat van de Wet Bab, met name de eis van het staats- of administratiefrechtelijk voorschrift als bevoegdheidsgrondslag diende minder strikt te worden genomen. In het parlement was zelfs een duidelijke tendens te bespeuren in de richting van een zo ruim mogelijke Arob-rechtsbescherming. Anderzijds bleef op aandrang van de regering de beschikking ontvankelijkheidsgrondslag, waardoor het beroep beperkt bleef tot een bepaald type rechtshandelingen. Nu kan men tegenover deze parlementair-historische feiten de rechtspolitieke wens zetten om de Arob-rechter ook over andere besluiten dan beschikkingen te laten oordelen, men kan de



beschikking als 'strategisch begrip' zien<sup>487</sup>, zo men wil, dit alles neemt niet weg dat de wetgever een bepaalde keuze heeft gedaan. Men kan deze toejuichen of niet, een belangrijke omstandigheid is, dat de Wet Arob een nog jonge wet is.<sup>488</sup> Reeds op grond daarvan dient aan de wetshistorie groot belang te worden toegekend.

Mijn uitgangspunt bij het beoordelen van de jurisprudentie over artikel 2, lid 1 is dan ook, dat een ruime uitleg moet worden gegeven aan het beschikkingsbegrip, maar wel binnen de grenzen van de rechtshandeling. Waar het gaat om het onderscheid tussen beschikking en rechtshandeling naar burgerlijk recht is van het grootste belang aan wie de bevoegdheid tot rechtshandelen toekomt: aan de rechtspersoon of aan een ambt. Ambten kunnen eigen bevoegdheden - andere dus dan die waarbij zij het lichaam (de instelling) waartoe zij behoren vertegenwoordigen - slechts ontleen aan de wet, dat is een fundament van ons rechtssysteem. Men kan twisten over de vraag hoe ver men moet gaan bij het ontleen van bevoegdheden aan vage, (zeer) algemene bepalingen. De kritiek op de in dit opzicht wat zuinige Bab-jurisprudentie strekte er niet toe dat publiekrechtelijke bevoegdheden voortaan geen wettelijk fundament meer hoefden te hebben.

Ook hier is mijn uitgangspunt een zo ruim mogelijke uitleg van het beschikkingsbegrip, maar wederom met een belangrijke restrictie: er moet een, al is het nog zo'n algemene, wettelijke bevoegdheidsgrondslag zijn voor het beschikkende ambt. Ten aanzien van de besluiten van algemene strekking worden we van de wetsgeschiedenis niet veel wijzer. Met name zwijgt zij over de toepassing van wat wij thans zaakscriterium en samenhangcriterium noemen. Dat vormt geen reden om het uitgangspunt van een ruime uitleg van het beschikkingsbegrip te wijzigen, integendeel. Wel dient hier in het bijzonder bij de afwezigheid van min of meer herkenbare grenzen - zoals die er bij de afgrenzing naar feitelijke handelingen en rechtshandelingen naar burgerlijk recht wel zijn - de vraag te worden gesteld hoe consistent de rechtspraak op dit punt dan nog kan zijn.

Samengevat komt het door mij ingenomen, op de wetsgeschiedenis en ons rechtssysteem gebaseerde, uitgangspunt op het volgende neer. Het beschikkingsbegrip van artikel 2 Wet Arob dient zo ruim mogelijk te worden uitgelegd binnen de beperkingen die het vereiste van rechtshandeling en dat van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag met zich meebrengen. Die uitleg dient echter altijd zo consistent mogelijk te zijn.

In de volgende paragraaf wordt de jurisprudentie aan dit uitgangs-

punt getoetst. Daarbij is een vrij strakke indeling gehanteerd. Bij twijfelgevallen kan zo'n indeling voor moeilijke keuzen zorgen. Er is dan ook discussie op twee niveaus mogelijk: dat van het gekozen uitgangspunt en dat van de waardering van de jurisprudentie in het licht van het uitgangspunt. Voorts is hier en daar van de indeling afgeweken om verbanden te kunnen leggen dan wel tegenstellingen scherper te kunnen laten zien.

## 6.2 Toetsing van de jurisprudentie

### 6.2.1 *Jurisprudentie conform het uitgangspunt*

Gemakshalve zou hier kunnen worden volstaan met er op te wijzen, dat alle jurisprudentie die niet in de volgende paragraaf (6.2.2) aan bod komt, kan worden geacht conform het uitgangspunt te zijn. Zonder aan dit gegeven afbreuk te doen, zullen toch enkele opmerkelijke keuzen van de Arob-rechter, waarin hij zich een voorstander van een ruime opvatting toont, worden gereleveerd.

De beslissing houdende een weigering wordt als beschikking beschouwd hoewel de tekst van de artikelen 2 en 3 daarop niet wijst.<sup>489</sup> Omdat het hier klaarblijkelijk een omissie van de wetgever betreft, kan tegen deze ruime uitleg geen bezwaar worden gemaakt.

Ook de ruimhartige opstelling ten aanzien van het voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste geniet, gelet op de bewijsfunctie van dit vereiste, terecht algemene instemming.

Onder de noemer rechtsoordeel heeft de Afdeling meermalen besluiten tot beschikking bestempeld waarvan het karakter van rechtshandeling niet op voorhand duidelijk was. Men denke aan mededelingen dat in een bepaald geval geen vergunning of vrijstelling nodig is.<sup>490</sup>

Zeer belangrijk in dit verband is het oordeel inzake het recht op informatie wanneer het verzoek daartoe op een wettelijke regeling is gebaseerd.<sup>491</sup> Dit oordeel wordt als rechtsoordeel en derhalve als beschikking beschouwd.

Bij een weigering informatie te verstrekken, kan met deze constructie worden ingestemd, bij beslissingen tot het verstrekken van informatie echter is het niet reëel er van uit te gaan dat in die gevallen (steeds) wordt vastgesteld, dat op de informatie ook een recht bestaat: zij wordt eenvoudig gegeven.

Vervolgens kan worden genoemd de constructie van de impliciete

beschikking.<sup>492</sup> Een ander besluit, een feitelijke handeling of bepaalde omstandigheden impliceren een beschikking, hoewel deze niet als zodanig is genomen. In het bijzonder speelt dit bij de woonruimtevergunning, waarvan in bepaalde omstandigheden wordt aangenomen dat deze geacht moet worden te zijn geweigerd op het moment dat inschrijving als woningzoekende, een feitelijke handeling, is geweigerd. De ruimheid van opvatting is hier overigens niet gelegen in de figuur van de woonruimtevergunning zelf, die natuurlijk een beschikking is, maar in het moment waarop er van kan worden uitgegaan dat die beschikking bestaat. Een praktische zienswijze die leidt tot het geven van rechtsbescherming op het moment dat daaraan behoefte bestaat, een omweg via het expliciet vragen en mechanisch weigeren van een woonruimtevergunning besparend, die ook niet op dogmatische bezwaren stuit.

Opmerkelijk ruim, maar verdedigbaar, is de opvatting dat artikel 209, aanhef en onder h gemeentewet mede de grondslag voor beschikkingsbevoegdheid zou kunnen vormen. Voor een uitvoerige beschouwing daarover moge ik verwijzen naar § 4.3.2. In essentie komt zij hierop neer dat dit artikellid een publiekrechtelijke kleur geeft aan privaatrechtelijke bevoegdheden die de gemeente als eigenares reeds toekomen.

Aan de eis van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag acht ik ook volstaan bij subsidies die niet in het kader van privaatrechtelijke overeenkomsten worden gegeven. Toegegeven, die grondslag, gevormd door de algemene bestuurs- en uitgaven-bepalingen, is zeer algemeen, een betere is er niet en van privaatrecht is bij bedoelde besluiten geen sprake. De grote moeilijkheid zit in het onderscheid tussen een subsidiebeschikking met voorwaarden en een subsidie-overeenkomst die als tegenprestatie hetzelfde bevat als bedoelde voorwaarden. Wordt iets privaatrecht door er het woordje overeenkomst boven te zetten?<sup>493</sup> De rechter zal naar mijn mening ieder geval op zijn eigen bijzonderheden moeten beoordelen om te kunnen uitmaken of van een overeenkomst sprake is. Zo ja, dan is beslissend of voor het sluiten daarvan een ambt rechtstreeks bevoegd is gemaakt, of dat het sluiten van zo'n overeenkomst ontspruit aan de rechtspersoonlijkheid die het lichaam bezit.

De Arob-jurisprudentie geeft een tamelijk ondoorzichtig patroon te zien.<sup>494</sup> Nu eens overweegt de vorm, dan weer het inhoudelijke subsidie karakter.

Zowel de vorm-benadering als de inhoud-benadering hebben hun problemen. De eerste omdat inhoudelijk gelijke subsidiëringsbesluiten onder een verschillend rechtsregime kunnen vallen. Wanneer niet duidelijk is waarom deze besluiten nu eens onder een privaatrechtelijk dan weer onder een publiekrechtelijk rechtsregime vallen kleeft daaraan iets willekeurigs. De tweede omdat deze een oeverloze casuïstiek over de vraag wat wel en niet onder het begrip valt met zich meebrengt. De Afdeling heeft gekozen voor een eclectische benadering die de problemen van de twee benaderingen opeen stapelt.

Juist als bij subsidiëring kunnen aan zogenaamde zuivere of zelfstandige schadebeschikkingen slechts zeer algemene wetsbepalingen ten grondslag worden gelegd. Ook bij deze besluiten echter is er ontegenzeggelijk van publiekrecht sprake en moeten we het dus met deze titel doen. Het resultaat van de jongste jurisprudentie op dit punt - schadebeschikking zonder specifieke wettelijke grondslag - spoort dan ook met het hiervoor geformuleerde uitgangspunt, de motivering daarvoor - het beleid als grondslag - echter niet.

## 6.2.2 *Jurisprudentie in strijd met het uitgangspunt*

### 6.2.2.1 *Te enge opvatting van het beschikkingsbegrip*

Tot een te enge opvatting van het beschikkingsbegrip kan worden gerekend de jurisprudentie waarin aan een handeling het beschikkingskarakter wordt ontzegd, omdat die handeling geen besluit zou zijn, doch aan die handeling wel een besluit vooraf gaat. Dit lot trof het geven van een ontvangstbewijs (in het kader van een slooppaanvraag). Hiervóór is uiteengezet dat dit ontvangstbewijs vanwege zijn verklaring-van-geen-bezwaar-karakter heel wel als beschikking valt te zien.<sup>495</sup> Meer in het algemeen kan worden gesteld dat wanneer beroep tegen een handeling wordt ingesteld, niet alleen zou moeten worden bezien of die handeling zelf een besluit is maar ook, wanneer dit niet het geval is, welk soort besluit (wel of geen beschikking) aan die handeling geacht kan worden vooraf te zijn gegaan.

Van zeer groot belang is de bevoegdheidsbeperking die de rechter zich heeft opgelegd door zijn ketentheorie of oplostheorie. Zowel bij de afgrenzing naar besluiten van algemene strekking als die naar rechtshandelingen naar burgerlijk recht wordt deze theorie toegepast. Besluiten die onverbrekelijk zijn verbonden met besluiten van algemene strekking of rechtshandelingen naar burgerlijk recht, zoda-

nig dat ze zonder deze geen betekenis hebben, worden voor wat de mogelijkheid van bezwaar en beroep betreft, met deze besluiten en handelingen op één lijn gesteld. Zo wordt aan besluiten tot goedkeuring van een verordening en besluiten tot goedkeuring van het aangaan van een overeenkomst het beschikkingskarakter ontzegd, ofschoon ze dogmatisch wel onder het beschikkingsbegrip vallen. De Arob-rechtspraak kent niet zoals in Frankrijk en België een leer van de 'actes détachables'.

Voor wat de besluiten van algemene strekking betreft, moet het standpunt van de Afdeling in de geest van de wetsgeschiedenis worden genoemd, maar, gelet ook op haar stoutmoedigheid op andere terreinen, zou een ruimer standpunt bij besluiten in de burgerrechtelijke sfeer niet onverantwoord zijn geweest.

Uit de parlementaire geschiedenis valt niet af te leiden of men de tekst op dit punt letterlijk moet nemen. Te verdedigen valt, dat aan deze complicatie niet is gedacht, maar dat het toch niet de bedoeling van de wetgever zal zijn geweest, dat een rechtshandeling naar burgerlijk recht indirect aan het oordeel van de Afdeling zou kunnen worden onderworpen. Te verdedigen valt evenzeer, dat nu de wetsgeschiedenis geen nadere informatie geeft, de wetstekst wel degelijk letterlijk moet worden genomen, te meer daar een letterlijke interpretatie niet tot onaanvaardbare gevolgen hoeft te leiden, gezien het in België en Frankrijk gehanteerde systeem. Gelet op het uitgangspunt zou de Arob-rechter niet alleen voor deze ruimere opvatting hebben kunnen, maar ook hebben moeten kiezen. De opstelling van de Arob-rechter valt wellicht te verklaren uit de vrees de burgerlijke rechter in de wielen te rijden.<sup>496</sup> Daarmee vallen ook enkele uitspraken over de toepassing van uitkeringsregelingen te verklaren die niet goed in de grote lijn passen. Tak heeft hiervoor de vooralsnog wat zware term integratietheorie gebruikt.<sup>497</sup>

Onnodig beperkt is ook de opvatting dat een zogenaamde herhalingswaarschuwing voorafgaande aan bestuursdwang geen beschikking is, wanneer slechts de in de eerste waarschuwing genoemde termijn wordt verlengd. Waarom wordt, ook al verandert er overigens niets, aan het verlenen van uitstel kennelijk geen belang gehecht? Voor derden kan een zonder gegronde reden verleend uitstel zeer bezwaarlijk zijn. Het belangrijkste argument om zo'n herhalingswaarschuwing een beschikking te achten (uitgaande dan van de rechterlijke opvatting dat de waarschuwing een beschikking is), is dat binnen de nieuwe termijn de overheid niet mag optreden, terwijl zij dat op grond

van de in de eerste waarschuwing gestelde termijn wel zou mogen.

#### 6.2.2.2 *Te ruime opvatting van het beschikkingsbegrip*

Met het rechtshandelingskarakter van de beschikking heeft de Arob-rechter het niet altijd even nauw genomen. In hoofdstuk 1 is uiteengezet wat in de doctrine onder een rechtshandeling wordt verstaan en waarin dit begrip zich onderscheidt van rechtsfeiten zonder meer. De wetgever is van die doctrine, kort en bondig verwoord in de bekende brief van Wiarda, uitgegaan.<sup>498</sup> Het staat de rechter dan ook niet vrij van dit uitdrukkelijk gekozen wettelijk uitgangspunt af te wijken. Hij heeft dat niettemin meer dan eens gedaan met zeer grote gevolgen voor de omvang van zijn rechtsmacht.

Het begon al na luttele weken met het opzienbarende standpunt dat de waarschuwing voorafgaande aan bestuursdwang een beschikking is.<sup>499</sup> De redenering die daaraan ten grondslag wordt gelegd is beslist onvoldoende: ze verklaart slechts waarom die waarschuwing enig rechtsgevolg heeft, niet dat ze daarop ook gericht zou zijn.<sup>500</sup> De Afdeling heeft het resultaat - Arob-bescherming in veel bestuursdwanggevallen - vooropgesteld en daarvoor de prijs van een contra legem uitleg alsmede de verwatering van het begrip rechtshandeling voor lief genomen. Nu is dat resultaat door velen toegejuicht. Nog afgezien echter van het feit dat ook op dit resultaat wel wat af te dingen valt - zoals de onbevoegdheid van de Afdeling in spoedeisende gevallen - kan toch niet worden voorbijgegaan aan de wijze waarop dit resultaat is verkregen. De wetgever en niet de rechter had hier moeten ingrijpen.

Een andere categorie gevallen waarin de Arob-rechter over de schreef van het begrip rechtshandeling is gegaan, betreft de besluiten waarbij wordt geweigerd het schriftelijke bewijs van een vergunning af te geven.<sup>501</sup> Het gaat hier zuiver om feitelijk handelen dat als onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter zou moeten worden aangevochten. De Afdeling meent blijkbaar dat het wat al te ingewikkeld wordt om twee rechters voor één vergunning te moeten inschakelen. Een dergelijke cumulatie mag ingewikkeld en daardoor onbevredigend zijn, uitzonderlijk is zij zeker niet. Mogelijke beoordeling van één handeling (besluit) door administratieve en burgerlijke rechter is kenmerkend voor ons systeem van rechtsbescherming. Natuurlijk is het wenselijk dat Arob- en burgerlijke rechter gezamenlijk voor een zinnige en herkenbare afbakening van hun bevoegdheden zorgen, maar dan wel binnen de mogelijkheden die met name de Wet Arob biedt.

Ook het verschaffen van informatie op een verzoek gebaseerd op een wettelijke regeling valt binnen Arob-bereik. Eerder is betoogd, dat het besluit waarbij wordt geweigerd dergelijke informatie te verschaffen, ofschoon primair een besluit tot het weigeren van een feitelijk handelen inhoudend, kan worden geconstrueerd als een rechtsoordeel.<sup>502</sup> Het besluit tot het wel verschaffen van informatie echter kan bezwaarlijk nog als rechtsoordeel worden begrepen. Ziet de tot verschaffen bevoegde geen bezwaren, dan geeft hij de informatie zonder zich druk te maken of de verzoeker daarop ook recht heeft. Ook hier heeft de Arob-rechter een besluit tot feitelijk handelen onder het beschikkingsbegrip gebracht.

Heeft de Arob-rechter met een rechtshandeling te maken, dan moet hij bepalen of deze (mede) publiekrechtelijk is. Voor die kwalificatie is een publiekrechtelijke grondslag nodig. Daarbij is er altijd van uitgegaan, dat die grondslag gelet op ons rechtssysteem zo enigszins mogelijk een wettelijke zou moeten zijn. In hoofdstuk 4 is aangegeven dat men, wanneer men bereid is met algemene bepalingen te volstaan, de jurisprudentie inzake subsidies, schadevergoedingsbesluiten en beheersbesluiten qua resultaat verdedigbaar kan achten. In strijd met het geformuleerde uitgangspunt is het echter om publiekrechtelijke bevoegdheden te baseren op de publieke taak zonder meer - wat dat overigens ook moge zijn -, het beleid of op pseudowetgeving. Dit zijn allemaal gebrekkige titels, niet in staat om bevoegdheden te scheppen, noch om bestaande privaatrechtelijke bevoegdheden van een publiekrechtelijke component te voorzien (zoals bij artikel 209 gemeentewet). Is eenmaal gekozen voor de ketentheorie, dan moeten besluiten tot het aangaan van subsidie-overeenkomsten ook niet tot beschikking worden bestempeld. Meer dan eens heeft de Arob-rechter van een inhoudelijke benadering blijk gegeven en aldus het grondslagvereiste miskend. Het is niet overdreven de wijze waarop de Afdeling met dit vereiste omspringt als zig-zag koers aan te merken. Dat de door mij voorgestane formele benadering ook zijn bezwaren heeft, is evident, maar levert geen argument voor het optreden van de Arob-rechter. Die bezwaren maken duidelijk dat het woord aan de wetgever is.

#### 6.2.2.3 *Inconsistente jurisprudentie*

Het zal de lezer zijn opgevallen, dat in de vorige paragrafen het onderscheid beschikking - besluit van algemene strekking niet ter sprake is gekomen. Dat onderscheid was daar niet aan de orde, omdat de wetsgeschiedenis ons omtrent het begrip besluit van algemene strek-

king weinig leert, zodat ook moeilijk kan worden gesteld dat in bepaalde gevallen van een met de wet strijdige interpretatie sprake is. Het in de eerste paragraaf van dit hoofdstuk ingenomen uitgangspunt bevat echter ook de eis van consistentie. Het is op dat stuk dat de jurisprudentie van de Arob-rechter zwakke plekken vertoont.

Het meest in het oog springend is de onoverzichtelijke hantering van het zaakscriterium. Terwijl herhaaldelijk de indruk wordt gewekt, dat voldoen aan het adressaatsvereiste - een gesloten kring van adres-saten - bepalend is voor het niet-algemene karakter van een besluit, blijkt dit soms niet op te gaan. Ook besluiten die betrekking hebben op een concreet object kunnen een beschikking zijn, ook al richten de rechtsgevolgen van zo'n besluit zich niet tot een gesloten adressatenkring.<sup>503</sup> Wanneer dit echter het geval is, blijft vooralsnog duister. Illustratief is de zwalkende koers inzake de Natuurbescher-mingswet, waarbij de nauwkeurige omschrijving van het gebied waarop het besluit betrekking heeft nu eens wel, dan weer niet van doorslaggevend belang blijkt te zijn.<sup>504</sup> Er begint zich weliswaar een ontwikkeling af te tekenen waarbij de hoedanigheid en eigenschappen van het object beslissend lijken, maar of dit veel helderheid zal gaan verschaffen is nog de vraag. Er zijn nog maar weinig uitspraken waarin deze maatstaf voorkomt en de vraag welke eigenschappen wanneer beslissend zijn lijkt op voorhand ook niet altijd voor een on-dubbelzinnig antwoord vatbaar. Om een enkel voorbeeld te noemen: de aanwijzing van een terrein als parkeerterrein werd niet als beschik-king gezien, toch zal een terrein zekere eigenschappen moeten bezit-ten om geschikt te zijn als parkeerterrein.

Ook het adressaatscriterium en het samenhangcriterium worden niet consequent toegepast. In hoofdstuk 5 is van die toepassing een uitgebreid overzicht gegeven, daarom hier slechts enkele voorbeelden. Zeer strikte toepassing werd bijvoorbeeld aan het adressaatscriteri-um gegeven in het geval van de opheffing van een winkelsluitingsge-bod voor één winkel in de vorm van een verordening, hetgeen een be-sluit van algemene strekking opleverde. Waar van strikte toepassing in andere gevallen, zoals bij het verbod voor gezagvoerders van lucht-vaartuigen een bepaald luchtvaarterrein te gebruiken, geen sprake is, kan men zich afvragen waarom de Afdeling zich in het eerste geval zo formeel opstelde, zonder naar de achterliggende bedoeling van het naar de vorm algemene besluit te kijken. Bij postzegelplannen en daaraan voorafgaande voorbereidingsbesluiten wordt de bedoeling



juist van zodanig belang geacht, dat van een apart criterium kan worden gesproken.

Ook de toepassing van het samenhangcriterium verloopt niet steeds volgens een vast patroon. Het wordt soms niet toegepast waar toepassing wel op zijn plaats zou zijn, zoals bij het taxi-dienstrooster<sup>505</sup> of wel toegepast waar het overbodig is, zoals bij verscheidene besluiten die de toepasselijkheid van wetgeving nader bepalen.<sup>506</sup>

Ook op andere terreinen zijn inconsistenties aanwijsbaar. Wanneer een besluit wordt genomen door een daartoe niet bevoegd orgaan wordt, wanneer het besluit overigens aan de vereisten voor een beschikking voldoet, meestal een gebrekkige beschikking aangenomen. Soms echter meent de rechter, dat vanwege de onbevoegdheid niet van een beschikking kan worden gesproken. In die gevallen<sup>507</sup> was de onbevoegdheid niet zó evident, dat hierdoor het verschil met andere gevallen kan worden verklaard. Ook in die gevallen zou hij dan een onbevoegd genomen beschikking moeten aannemen. Hij zou echter ook in andere zin consequent kunnen zijn en onbevoegd genomen besluiten steeds de kwalificatie rechtshandeling (en dus beschikking) onthouden. Er wordt vaak gezegd dat vernietiging meer duidelijkheid zou verschaffen dan een niet-ontvankelijkverklaring wegens het nietig zijn van het besluit. Waarom eigenlijk? De rechter motiveert een niet-ontvankelijkverklaring toch en daar blijkt dan toch uit dat het onbevoegd genomen besluit zijn juridische pretenties niet kan waarmaken? Deze handelwijze heeft zelfs het voordeel dat duidelijk wordt dat een dergelijk besluit juridisch ook nooit iets heeft betekend. Vernietiging mag dan terugwerkende kracht hebben, er schuilt toch een soort erkenning in van de geldigheid tot aan de vernietiging, welke geldigheid dan alsnog wordt ontkend door de vernietiging. Daar staat tegenover, dat de Afdeling slechts tot het toekennen van een vergoeding als bedoeld in artikel 73, lid 2 j° artikel 58b, lid 4 Wet RvS kan overgaan bij vernietiging.<sup>508</sup> Voorts is de teruggave van griffierecht bij vernietiging een automatisme, in andere gevallen kan de Afdeling teruggaaf gelasten, maar hoeft het dus niet (artikel 68, lid 6 Wet RvS). Tenslotte zal een vernietiging psychologisch gezien voor de appellant bevredigender zijn dan met een niet-ontvankelijkverklaring naar huis te worden gestuurd, ook in gevallen waarin het juridisch allemaal niet veel uitmaakt. Hoe het ook zij, een reden om niet een vaste lijn te volgen is er niet.

Inzake de herhaling van beschikkingen leken aanvankelijk de elemen-

ten heroverweging en het bestaan van nova beide van belang voor de vraag of de herhaling van een beschikking ook zelf weer een beschikking is.<sup>509</sup> De jurisprudentie kristalliseerde zich vervolgens heel duidelijk uit in de volgende richting: alleen het bestaan van nova tussen het eerste en tweede besluit is beslissend, zijn die er dan moet worden heroverwogen; ook echter als dat niet gebeurt is er sprake van een beschikking. In enkele uitspraken van de voorzitter (in 1984) wordt daarentegen op zijn minst de indruk gewekt dat heroverweging beslissend is voor het beschikkingskarakter van het tweede besluit. Het is te hopen dat het hier incidenten betreft. Een besluit moet altijd in zijn context worden begrepen. Verandert die dan krijgt ook het besluit een andere betekenis. Het zich nog eens beraden op de merites van een besluit in een gelijk gebleven context zonder dit besluit te veranderen laat ook de betekenis van het besluit intact. Er behoort dan geen sprake te zijn van een nieuwe rechtsbeschermingsmogelijkheid. Ofschoon enkele keren de gerichtheid van een besluit op een rechtsgevolg door de Arob-rechter als zelfstandig vereiste wordt behandeld, bovenop de eis dat een besluit om voor de kwalificatie beschikking in aanmerking te kunnen komen een rechtsgevolg heeft zonder meer, heeft de rechter zich meer dan eens weinig aan dit vereiste gelegen laten liggen.<sup>510</sup> De motivering voor het beschikkingskarakter van bijvoorbeeld de weigering tot afgifte van bewijsstukken en van de waarschuwing voorafgaande aan bestuursdwang maakt niet duidelijk op welke wijze daarbij met dit vereiste rekening zou zijn gehouden. Dit alles werd hiervoor reeds uitvoerig aan de orde gesteld.

Terwijl doorgaans van het besluit vereiste geen probleem wordt gemaakt - integendeel: vergelijk de jurisprudentie over impliciete besluiten - ketst de ontvankelijkheid een enkele keer af op de vermeende afwezigheid van een besluit, terwijl aan de betreffende handeling wel degelijk een besluit ten grondslag kan worden gelegd.<sup>511</sup>

Een tegenstrijdigheid kan worden geconstateerd waar in het ene geval de weigering van een staatssecretaris een KB te bevorderen geen, in het andere geval de weigering van een minister een KB te bevorderen wel een beschikking werd geacht, terwijl de te nemen KB's zelf beide als beschikking konden worden gezien.<sup>512</sup>

Omdat een KB ook zonder voordracht mogelijk is en Kroon en minister (staatssecretaris) niet hetzelfde orgaan zijn is weigering van een voordracht niet als impliciete weigering van een KB te beschouwen en zou dus geen beschikking moeten worden aangenomen.

Tenslotte enkele voorbeelden ontleend aan hoofdstuk 4.

Soms wordt de publieke taak mede of uitsluitend als grondslag voor beschikkingsbevoegdheid gezien, soms echter wordt een beroep daarop afgewezen en een bevoegdheid toekennende regeling vereist.<sup>513</sup> Een uitspraak als die inzake het verwisselen van bankbiljetten door de Nederlandsche Bank staat dan ook op gespannen voet met de publieke taak jurisprudentie. Meer in het algemeen wordt doorgaans een geschreven bestuursrechtelijke titel vereist, terwijl een enkele keer toch wel op zijn minst de suggestie wordt gewekt, dat ook het ongeschreven recht als titel kan fungeren.

Vermoedelijk de grootste onduidelijkheid wordt aangetroffen op het terrein der subsidiëring. De kritiek van velen op het standpunt van de Afdeling inzake bijvoorbeeld de BKR krijgt reliëf tegen de achtergrond van uitspraken over garanties, kredieten e.d. die, óók in het kader van burgerrechtelijke overeenkomsten, als beschikkingen worden aangemerkt.

Subsidiebesluiten die in het kader van een burgerrechtelijke overeenkomst worden genomen worden nu eens wel, dan weer niet als beschikkingen gekenmerkt. Dat in de gevallen waarin wel een beschikking wordt aangenomen pseudowetgeving daarvoor mede als basis wordt gezien spoort niet met de lijn betreffende de geschreven bevoegdheid verschaffende titel; het argument van de wetshistorie is in al zijn zwakheid een bewijs voor de onzekerheid die de koers van de Arob-rechter op dit terrein kenmerkt.

### 6.2.3 *Conclusies*

De Arob-rechter zoekt op de tast zijn weg in het schemerduister van artikel 2 Wet Arob, vaak met de onzekerheid aan een dergelijk zoeken eigen, niet zelden echter met een beslistheid die herkenbare uitgangspunten en doeleinden verraadt. Dat deze niet immer dezelfde als die van de wetgever zijn is uitvoerig betoogd. Van de Afdeling rechtspraak kan worden gezegd dat haar benadering van de in deze studie behandelde problemen zonder enige twijfel rechtspolitieke kanten heeft. Het is moeilijk in algemene zin aan te geven dat die benadering een ruime of juist enge opvatting van het beschikkingsbegrip inhoudt: ofschoon de ruime opvatting lijkt te overheersen houdt de Afdeling op sommige essentiële punten de teugels wel erg strak, te strak zelfs.

In enkele gevallen heeft het er alle schijn van dat de Arob-rechter primair heeft besloten rechtsbescherming te verlenen en vervolgens een

motivering daarvoor heeft bedacht. Nu bestaat er tegen deze volgorde van werken geen bezwaar, mits het resultaat een juiste beslissing en een juiste motivering is. De logisch niet voldoende redenering die moest leiden tot het aanmerken van de waarschuwing voorafgaande aan bestuursdwang als beschikking en het beroep op artikel 15 Wetten om weigeringen om uitweg te verlenen van die kwalificatie te voorzien zijn voorbeelden van niet goed verdedigbare resultaten.

Bij het tastende zoeken, hier en daar met vallen en opstaan, valt op dat de Arob-rechter zelden op zijn schreden is teruggekeerd. Voor een in dit opzicht betrekkelijk korte periode kon ook moeilijk anders worden verwacht. Een paar gevallen zijn niettemin te noemen.

Voorzichtig kan worden gewezen op het feit dat de voorzitter (Vz.Afd.R. 10.5.1977, AB 310) in de weigering om bestuursdwang toe te passen niet tevens de weigering om een waarschuwing te sturen wenste te zien. Na deze uitspraak is het vaste jurisprudentie geworden dat in bedoelde weigering de weigering te waarschuwen besloten ligt. Zelfs zonder dat daaraan in de uitspraken overwegingen worden gewijd wordt de weigering bestuursdwang toe te passen voor Arob-bezwaar en -beroep vatbaar geacht. Van echt omgaan kan hier in zoverre moeilijk worden gesproken dat de opvatting van de voorzitter nog niet door de Afdeling was bevestigd.

Werd het besluit om een beslissing aan te houden aanvankelijk als een beschikking beschouwd, later werd het aanhouden gezien als aanknopingspunt voor het antwoord op de vraag of reeds van een fictieve weigering kon worden gesproken.<sup>514</sup> Daar een weigering voor de mogelijkheid van beroep met een beschikking is gelijkgesteld is deze verandering voor de praktijk van de rechtsbescherming niet van groot belang.

Om een andere reden thans - na het intrekken van de BKR - van weinig belang is het eerst wel, later niet meer als beschikking beschouwen van de beslissing van de minister ex artikel 12 BKR.<sup>515</sup>

Tenslotte kan worden genoemd de weigering van B & W om mee te werken aan de verlening door de Kamer van Koophandel van een bedrijfsruimteverklaring, welke weigering eerst wel, later niet als beschikking werd gezien.<sup>516</sup>

Geconstateerd is dat de Arob-rechter voor enkele belangrijke categorieën gevallen de door de wetgever getrokken grenzen heeft verlegd. De juridische wereld heeft daarvan bepaald niet wakker gelegen, integendeel, de grensverleggende activiteiten van de Afdeling worden

doorgaans toegejuicht zolang ze maar in de richting van meer Arob-rechtsbescherming gaan. Ook de wetgever heeft niet gereageerd op deze vrijmoedige toeëigening van rechtsmacht. De bedenkelijke kant aan deze verwarring van functies is het ontstaan van rechtsonzekerheid, van onvoorspelbaarheid van wat morgen weer een beschikking zal blijken te zijn.

Die onzekerheid wordt ook gevoed door inconsistenties in het patroon van rechterlijke uitspraken. Voorzichtigheid past in zoverre dat de rechter nu eenmaal per geval oordeelt - hij mag zelfs niet anders (artikel 12 Wet AB) - en het ene geval het andere niet is. Maar in de motiveringen voor zijn uitspraken spreekt de rechter zich vaak algemeen uit. Daaruit blijkt dan meer dan eens dat beslissingen met elkaar op gespannen voet staan of zelfs onverenigbaar zijn. Ook los van de vergelijking met andere uitspraken zijn de redeneringen die leiden tot bepaalde uitspraken niet altijd logisch en sluitend, soms zijn ze onduidelijk en ook op de gebruikte terminologie valt een en ander aan te merken. Ik laat hierna een aantal voorbeelden volgen.

Soms wordt een stap in de redenering overgeslagen: besluiten die een rechtsgevolg veroorzaken zijn niet reeds daardoor rechtshandelingen; de noodzakelijke schakel van de gerichtheid wordt echter meer dan eens buiten beschouwing gelaten.

Soms ook worden argumenten gebruikt die evident geen beslissende betekenis kunnen hebben, zoals de wetsgeschiedenis inzake subsidiebesluiten, doch waaraan een dergelijke betekenis wel wordt toegekend.<sup>517</sup>

Niet zelden ook wordt de reden voor het niet voldoen aan de vereisten voor een beschikking onduidelijk weergegeven. Wanneer de Afdeling appellant niet-ontvankelijk verklaart, omdat zijn beroep niet is gericht tegen een schriftelijk besluit gericht op enig rechtsgevolg, blijft in het midden

- of er wel of geen besluit is;
- of er wel een besluit is doch geen schriftelijk;
- of er een schriftelijk besluit is zonder rechtsgevolg;
- of er een schriftelijk besluit is met rechtsgevolg dat echter niet op het rechtsgevolg is gericht.<sup>518</sup>

Ook komt het voor dat meer argumenten dan nodig zijn worden gebruikt om aan te geven dat niet van een beschikking sprake is. Daar lijkt in het algemeen weinig op tegen maar een argument ten overvloede kan ook afbreuk doen aan de argumentatie. Van een besluit dat noch aan het adressaats-, noch aan het zaaksvereiste voldoet is

het niet zinvol te onderzoeken of het wel of niet onverbrekelijk met andere (deel)besluiten samenhangt. Wanneer dit toch gebeurt, kan dit het zicht op de betekenis van de andere vereisten doen vervagen. Voorts worden begrippen gebruikt die geen vastomlijnde betekenis hebben en niet door de Arob-rechter worden omschreven. Duidelijke voorbeelden bieden de begrippen voorbereidingshandeling en rechtsoordeel.<sup>519</sup>

Van onnauwkeurige aanduidingen kan in de volgende gevallen worden gesproken. Wanneer zich een geval zou voordoen waarin in plaats van de publiekrechtelijke de privaatrechtelijke weg zou zijn gevolgd zou de privaatrechtelijke handeling mede een publiekrechtelijk karakter kunnen krijgen, aldus de Afdeling.<sup>520</sup> Waar het echter om gaat is, dat uit het verrichten van een privaatrechtelijke handeling de weigering van een publiekrechtelijke handeling, een beschikking, zou kunnen worden afgeleid.

In het kader van de al dan niet algemene strekking van besluiten spreekt de Arob-rechter stevast over de adressaten van een besluit in termen van natuurlijke en rechtspersonen en groepen van personen. Er zijn echter ook andere adressaten dan personen, bijvoorbeeld ambten.

De aanduiding 'oplostheorie' is weliswaar niet van de Afdeling zelf maar wel geïnspireerd op rechterlijke overwegingen omtrent het oplossen van besluiten in andere besluiten. Deze chemisch aandoende procesbeschrijving is gelukkig inmiddels door de rechter verlaten. Reden te meer om van ketentheorie in plaats van oplostheorie te spreken. De term 'oplossen' suggereert een verdwijning, 'keten' geeft de onverbreekelijke samenhang goed weer.<sup>521</sup> Het spreken van 'zelfstandig rechtsgevolg' of het 'zelfstandig op rechtsgevolg gericht' zijn is ook niet bepaald fraai.<sup>522</sup> Een besluit is gericht op een rechtsgevolg of niet, onzelfstandige rechtsgevolgen bestaan niet, zelfstandige rechtsgevolgen derhalve evenmin, zelfstandig rechtsgevolg is dus op zijn best een pleonasme. Hetzelfde kan - in Arob-verband - worden gezegd van beschikking gericht op rechtsgevolg en publiekrechtelijke beschikking.

'Het rechtsgeldig uitoefenen van de bevoegdheid tot politiedwang' tenslotte verdient om meer dan een reden geen schoonheidsprijs. Vooreerst is het woord 'geldig' niet op zijn plaats bij feitelijke handelingen.<sup>523</sup>

Slechts rechtshandelingen kunnen geldig zijn. In geding is dan of de juridische pretentie van een handeling door het recht wordt erkend. Is dat zo dan is die rechtshandeling geldig. Van een gepleegde feitelijke

handeling kan 'slechts' worden nagegaan of deze binnen de grenzen van het recht is gebleven en daarmee rechtmatig is. Vervolgens is het taalkundig niet correct om te spreken van de 'bevoegdheid tot politiedwang'. Er is een bevoegdheid tot het toepassen of uitoefenen van dwang.<sup>524</sup>

Zonder iets van de geleverde kritiek terug te nemen dienen toch ook enkele relativerende en waarderende opmerkingen te worden gemaakt.

Uit de voorgaande hoofdstukken moge blijken dat er in de jurisprudentie over artikel 2 heel wat hoofdlijnen vallen aan te wijzen, ook al wordt daar wel eens van afgeweken. Vervolgens is het zo, dat ook jurisprudentie waarop men gegronde kritiek kan uitoefenen niettemin zeer duidelijk kan zijn. Met het standpunt dat openbaarheidsbeslissingen op wettelijke grondslag beschikkingen zijn valt prima te werken, ook al kan men bij dat standpunt vraagtekens zetten.

Tenslotte mag niet onvermeld blijven, dat de Arob-rechter op een terrein dat men rustig als een juridisch mijnenveld mag betitelen voor een karwei van grote omvang is geplaatst.

De vloed aan te behandelen zaken is gigantisch. Dit staat op gespannen voet met de voor rustige reflectie benodigde tijd, wil men althans de termijn van afhandeling niet onaanvaardbaar lang laten worden. De voorzitter dient vaak in enkele dagen (of uren!) uitspraak te doen in zaken waarin de ontvankelijkheidsvragen zeer moeilijk liggen. Wanneer hij dan, misschien ten onrechte, een beschikking aanneemt of juist niet en er komt geen vervolg bij de Afdeling, dan past toch enige voorzichtigheid bij het commentaar op de uitspraak, voor zover het de beschikkingsvraag betreft.

Deze kanttekeningen maken duidelijk dat een zekere bewondering voor de wijze waarop de Arob-rechter met deze ingewikkelde problematiek is omgegaan op haar plaats is. De systematiek die in de jurisprudentie valt te ontdekken moet echter wel worden gezocht en dat is niet altijd gemakkelijk. 'Slechts enkele specialisten menen nog lijnen te kunnen ontdekken in deze rechtstoepassing' verzuchtte Tak.<sup>525</sup> En die specialisten zijn het onderling vaak nog oneens. Reden tot juichen is er dan ook niet.

Voor zover de toepassing van artikel 2 Wet Arob problematisch is in termen van onvoorspelbaarheid en rechtsonzekerheid dient voor mogelijke verbeteringen echter niet alleen het oog te vallen op de rechtspraak, maar ook - zelfs primair - op de wetstekst en, breder, op de

opzet van de wetgever om de rechtsmacht te verdelen op basis van het begrip beschikking, wat ook de precieze inhoud van dit begrip moge zijn. Daarover handelt de volgende en laatste paragraaf.

### 6.3 Is wetswijziging gewenst?

Aan het eind gekomen van de verkenningstocht naar de grenzen van het beschikkingsbegrip van de Wet Arob dringt zich de vraag op of de Wet Arob op dit punt wijziging behoeft. Vooropgesteld, ook zonder een dergelijke verkenningstocht, zelfs zonder kennis te nemen van maar één enkele uitspraak van de Arob-rechter kan deze vraag worden gesteld.

Ook al zouden de Afdeling rechtspraak en haar voorzitter voor een volstrekt helder begrip hebben gezorgd en voor een volledig duidelijke afbakening van de bevoegdheid ten opzichte van die van de burgerlijke rechter, dan nog kan men vinden dat het niet aangaat de rechtsbescherming inzake beschikkingen anders te regelen dan die tegen andere besluiten en handelingen van de overheid. De vraag naar wetswijziging verdient dan ook te worden gesteld en kan worden beantwoord los van het hier gepresenteerde onderzoek. Dit neemt niet weg, dat de resultaten daarvan van belang kunnen zijn, hetzij om reeds ingenomen standpunten te versterken, hetzij om standpunten te doen veranderen. Zij wijzen zo sterk in één bepaalde richting - verruiming van het beroep door wetswijziging - dat ook uitsluitend op basis van deze resultaten een antwoord op de gestelde vraag kan worden gegeven.

Terwijl bij de totstandkoming van de Wet Arob algemeen tevredenheid heerste over de bereikte verhoging van de rechtsbescherming tegen de overheid wordt de laatste jaren in toenemende mate gepleit voor vergroting van de rechtsmacht van de Arob-rechter. Daarbij staan vragen naar de zin en de werkbaarheid van de huidige rechtsmachtverdeling centraal.

Zo hebben zich voor het laten vallen van de beperking van het Arob-beroep tot rechtshandelingen Van der Hoeven, Steenbeek, Van Buuren en De Haan uitgesproken.<sup>526</sup> Voor het openstellen van Arob-beroep óók tegen besluiten van algemene strekking zijn Blaauw en De Haan, alsmede Van der Hoeven, ofschoon die een uitzondering maakt voor door bevoegde wetgevers vastgestelde verordeningen, terwijl Kan juist heeft bepleit tegen algemeen verbindende voorschrif-



ten wel Arob-beroep te openen.<sup>527</sup> Tak wil artikel 2 Wet Arob schrappen en een uitzondering van het beroep tegen overheidsbesluiten of -handelingen waardoor iemand in een burgerlijk recht wordt getroffen in artikel 7 opnemen.<sup>528</sup> Ook Drupsteen wil zo snel mogelijk van de beschikking als ontvankelijkheidsgrondslag af.<sup>529</sup> De Wet Arob roept volgens hem een ouderwets technisch-juridisch competentievraagstuk op: 'Dit vraagstuk wortelt niet in een bepaald maatschappelijk probleem, maar vloeit voort uit de ingewikkelde oplossingen die we bedacht hebben voor een ander vraagstuk, namelijk de organisatie van de rechtsbescherming. Het daardoor ontstane juristenprobleem zou eigenlijk zo snel mogelijk moeten worden opgelost. In feite zijn juristenproblemen echter van hardnekkige taaiheid.'

Hierna zal worden nagegaan in hoeverre de in de voorgaande hoofdstukken gegeven analyse kan bijdragen aan een oplossing van dit juristenprobleem.

De beperking van het Arob-beroep tot rechtshandelingen is in tien jaar jurisprudentie problematisch geworden. Van het klassieke rechtshandelingsidee, zoals behandeld in hoofdstuk 1, is niet veel meer overgebleven. Het is verwaterd, er zijn rechtsfeiten-zonder-meer in ondergebracht en onvoorspelbaar is welke handelingen (besluiten) met rechtsgevolg-zonder-meer in de toekomst als handelingen (besluiten) gericht op rechtsgevolg, als rechtshandelingen dus, zullen worden behandeld. Deze verwatering ligt ongetwijfeld niet aan een onvermogen bij de Arob-rechter om begrippen te onderscheiden, maar is veroorzaakt door zijn rechtspolitieke beslissingen om ook andere besluiten dan rechtshandelingen onder zijn rechtsmacht te brengen.

Deze beslissingen zijn in de literatuur niet zelden per saldo positief ontvangen en de wetgever heeft de rechter laten begaan. Het ligt dan voor de hand zich af te vragen wat (nog) de ratio is van handhaving van deze beperking. Hoewel de beschikking voor de overheid een belangrijk beleidsinstrument is, is zij zeker niet het enige en ook niet per se het belangrijkste. Een principiële reden om besluiten gericht op feitelijk gevolg buiten de Wet Arob te houden is er niet. Ook deze besluiten kunnen worden getoetst aan de gronden van artikel 8 en zo nodig worden vernietigd.

Natuurlijk is er wel een verschil met rechtshandelingen: worden deze vernietigd dan verdwijnen de rechtsgevolgen waarop ze waren gericht en waaraan ze de betekenis van rechtshandeling ontleenden. Bij vernietiging van besluiten gericht op feitelijk gevolg verdwijnt er helemaal niets, er wordt slechts een bepaalde kwalificatie, namelijk die van onrechtmatigheid gegeven. Dit maakt vernietiging van deze be-

sluiten echter niet zinloos. Voor de beoordeling door de burgerlijke rechter van deze besluiten en van het feitelijk handelen waaraan bedoelde besluiten doorgaans ten grondslag liggen heeft vernietiging van deze besluiten grote betekenis. Weliswaar brengt vernietiging wegens onrechtmatigheid naar publiekrecht niet automatisch onrechtmatigheid naar privaatrecht - een onrechtmatige daad - met zich mee, de burgerlijke rechter acht zich aan het oordeel van de administratieve rechter wel gebonden.<sup>530</sup> Openstelling van Arob-beroep tegen besluiten gericht op feitelijk gevolg maakt het systeem van rechtsbescherming dan in zoverre weer ingewikkelder dat tegen het op het besluit gebaseerd feitelijk handelen weer bij een andere rechter, de burgerlijke rechter dus, moet worden opgekomen, die zelfs na vernietiging van het besluit het feitelijk handelen naar privaatrecht niet onrechtmatig kan achten!<sup>531</sup> Een en ander geldt overigens ook voor het besluit zelf, dat immers ook een feitelijke handeling is.

Zolang de onrechtmatigheid naar publiek- en privaatrecht verschilt kan men aan dit dilemma slechts ontkomen door alle feitelijke overheidshandelingen in de Wet Arob onder te brengen. Dit heeft echter slechts zin wanneer het procesrecht van de Wet op de Raad van State dienovereenkomstig wordt aangepast en de Arob-rechter als een volwaardig schadevergoedingsrechter kan fungeren. Een dergelijke ingreep gaat tegen de ontwikkeling van 'wederzijdse doordringing en absorptie van publiek- en privaatrecht in'.<sup>532</sup>

Het dilemma is misschien ook minder groot dan zoëven werd gesteld mits men er van uitgaat, dat de overheid zich zal onthouden van handelingen op basis van door de Arob-rechter vernietigde besluiten. Voor gevallen waarin zonder vooraf bekendgemaakt besluit wordt gehandeld biedt deze gedachte geen uitkomst. Ik aarzel dan ook waar het de feitelijke handelingen betreft. De besluiten daartoe kunnen zonder meer onder de rechtsmacht van de Arob-rechter worden gebracht, ook wanneer men voor de feitelijke handelingen weer naar de burgerlijke rechter moet. De bestuursdwangjurisprudentie laat zien dat een dergelijke verdeling werkbaar is. Per saldo is de winst - vergroting van de Arob-rechtsbescherming, verdwijnen van het problematisch geworden begrip rechtshandeling uit de ontvankelijkheidsgrondslag - groter dan het mogelijke verlies - beoordeling van besluit en feitelijke handeling door twee rechters.

Ook de jurisprudentie over het onderscheid beschikking - rechtshandeling naar burgerlijk recht heeft onduidelijkheid en onvoorspelbaarheid gebracht. Zonder wetswijziging zullen we wel met de afwisse-

lend formele en materiële benadering door de Afdeling geconfronteerd blijven. Maar hoe zou een wijziging eruit moeten zien? Zou de Arob-rechter ook over rechtshandelingen naar burgerlijk recht moeten oordelen?

We hebben een burgerlijke rechter, die overigens tevens publiekrechtelijke normen toepast, waarom dan nog een andere rechter zich óók over privaatrechtelijke geschillen laten uitspreken?<sup>533</sup>

Dergelijke geschillen kunnen voortspruiten uit eenzijdige handelingen van de overheid en uit overeenkomsten. Omdat de Wet Arob rechtsbescherming tegen de overheid biedt dienen overeenkomsten, in ieder geval die tussen overheid en burger, buiten de Wet Arob te blijven. Eenzijdige eigenaarsbeslissingen, subsidie- en schadevergoedingsbesluiten zijn wanneer ze een publiekrechtelijk aspect bezitten al voor Arob-beroep vatbaar. Interessant is vooral wat er met de besluiten tot het verrichten van rechtshandelingen naar burgerlijk recht, met name overeenkomsten, moet gebeuren. Die vormen in de huidige jurisprudentie het heetste hangijzer. De opvatting van de Arob-rechter is dat het besluit een overeenkomst aan te gaan op één lijn staat met de overeenkomst en derhalve burgerrechtelijk is, tenzij de overeenkomst niet wordt gesloten op basis van de burgerrechtelijke bevoegdheid van de overheid-rechtspersoon, maar op basis van een publiekrechtelijke grondslag. Dan geldt de ketentheorie dus niet, het besluit om een overeenkomst wel of niet te sluiten is dan een beschikking. Discussie is er over de eis waaraan zo'n grondslag moet voldoen. Aangegeven is dat de taak, het beleid of (bij subsidies) de wetsgeschiedenis als grondslag ondeugdelijk zijn. Wil de Afdeling haar jurisprudentie stroomlijnen dan zal een formele opstelling onontbeerlijk zijn. Echter: de wetgever zou kunnen besluiten de materiële benadering te formaliseren door beroep open te stellen tegen besluiten tot het aangaan van overeenkomsten.<sup>534</sup> Bij dergelijke besluiten kunnen met name de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een grote rol spelen. Voor de overheid geldt vanwege haar bijzondere positie niet, zeker niet altijd, de normale contractsvrijheid.

Volgens Steenbeek kunnen 'besluiten tot het verrichten van rechtshandelingen naar privaatrecht . . . niet beoordeeld worden zonder daarbij tevens dat rechtshandelen zelf te beoordelen'.<sup>535</sup> Naar mijn mening zal dat per geval nogal verschillen, maar ook als Steenbeek gelijk heeft hoeft dat niet onoverkomelijk te zijn. We hebben er ook geen moeite mee dat de burgerlijke rechter regels van publiekrecht toepast. Overigens: ook nu al zijn er privaatrechtelijke overeenkomsten tot het sluiten waarvan een publiekrechtelijke bevoegdheid be-

staat. Zo'n besluit is, als aangegeven, een beschikking. In die gevallen is de tweedeling al een feit.

Wanneer de Arob-rechter zich voor vragen van privaatrecht ziet gesteld die hij niet zelf kan of wenst te beantwoorden zou de door Versteeg bepleite figuur van de prejudiciële vraag een uitkomst kunnen zijn.<sup>536</sup> Met deze verruiming van het beroep wordt de idee van de publiekrechtelijke grondslag verlaten. Nu deze grondslag in de jurisprudentie toch al zeer ruim wordt opgevat zie ik in een wetswijziging als hier bedoeld slechts een consequent doortrekken van een lijn die de Afdeling al heeft uitgezet. Het doortrekken van deze lijn zal tot een veel duidelijker competentieverdeling leiden<sup>537</sup> die de vervlechting van privaatrecht en publiekrecht zal doen toenemen.<sup>538</sup> In deze opzet zal de integratie van rechterlijke instanties, zoals thans wordt overwogen, een begunstigende factor zijn.<sup>539</sup>

Tenslotte de beperking van het Arob-beroep tot besluiten die niet van algemene strekking zijn.

Opnieuw moet worden geconstateerd dat de jurisprudentie aanleiding geeft aan wetswijziging te denken. Met name de hantering van het zaakscriterium heeft voor een onoverzichtelijk geheel gezorgd, maar ook de toepassing van adressaats- en samenhangcriterium is soms moeilijk te begrijpen.<sup>540</sup> Het hanteren van meerdere criteria lijkt een heldere omlijning van het begrip besluit van algemene strekking onmogelijk te maken.

Waarom eigenlijk geen beroep opengesteld tegen besluiten van algemene strekking? Naast verruiming van de Arob-beroepsmogelijkheid zou dit als voordeel hebben dat we - opnieuw - van een heleboel moeilijke casuïstiek worden verlost.<sup>541</sup>

Tegen zo'n verruiming pleit weinig. De eis van het rechtstreeks in zijn belang getroffen zijn zal het aantal beroepsgerechtigden wel beperkt houden, zodat het praktische probleem van overstelping van de Arob-rechter met beroepen, zeker na enige tijd, een schijnprobleem zal blijken te zijn. Duk wil een beroep tegen sommige besluiten van algemene strekking mogelijk maken en staat een benadering voor waarin de 'actualiteit en overzienbaarheid van de bij het aangevallen besluit betrokken belangen' alsmede de 'overzienbaarheid van de gevolgen van vernietiging' het uitgangspunt vormen.<sup>542</sup>

Het lijken geen criteria die de gewenste duidelijkheid zullen brengen, nog afgezien van de vraag of ze niet meer bij het belangvereiste thuis horen. Of een en ander tot een betekenisvolle verruiming van het Arob-beroep zou leiden is ook nog de vraag. Zelf geeft Duk aan dat

dit voor verreweg de meeste verordeningen waarschijnlijk niet zo zal zijn.

Voor een beroep tegen algemeen verbindende voorschriften liggen de zaken dan ook niet eenvoudig. Hoe zou het belangvereiste daar betekenis kunnen hebben? Bij een algemeen voorschrift dat zich letterlijk tot een ieder richt, bijvoorbeeld een APV-bepaling, zal openstelling van Arob-beroep nooit tot ontvankelijkheid leiden, gelet op het door de rechter gestelde op artikel 7 gebaseerde individualiseringsvereiste. Gaat het echter om algemeen verbindende voorschriften die zich bijvoorbeeld tot een bepaalde beroepsgroep richten, zoals de notarissen, de medisch specialisten e.d., dan valt niet in te zien waarom niet respectievelijk de Notariële Broederschap en de Landelijke Specialistenvereniging als belanghebbenden zouden kunnen worden aangemerkt. Het zijn ook juist die voorschriften die tot conflicten aanleiding geven en thans bij de burgerlijke rechter worden aangevochten. Vernietiging van een algemeen verbindend voorschrift zal wel moeten plaatsvinden vóór de inwerkingtreding om complicaties met besluiten die op zo'n voorschrift zijn gebaseerd te vermijden. Mag de uitbreiding van het Arob-beroep óók tot algemeen verbindende voorschriften voor een heldere competentieverdeling minder noodzakelijk zijn dan dat dit voor andere besluiten van algemene strekking het geval is, de voordelen van de mogelijkheid tot vernietiging en van de verdergaande toetsing aan het ongeschreven recht maken een dergelijke uitbreiding mijns inziens toch wenselijk.

Opheffing van de drie besproken beperkingen van het beroep op de Arob-rechter kan worden gerealiseerd door schrapping van artikel 2 en verandering van het woord beschikking in de Wet Arob in 'schriftelijk besluit van een administratief orgaan'.<sup>543</sup> Gaarne volg ik de suggestie van De Haan om de wet dan ook Wet administratieve rechtspraak overheidsbesluiten te noemen.<sup>544</sup> Deze wetswijziging is wenselijk om een rationeler en duidelijker verdeling van rechtsmacht te realiseren. Naast dit doel op zich staan de voordelen van een vermindering van (de noodzaak tot) juridische scherpslijperij en een, zij het relatief geringe, ontlasting van de gewone rechter.<sup>545</sup>

Hiertegenover staat een zeer waarschijnlijke vergroting van de werklast van de Arob-rechter. Daaraan moet, zelfs zonder aanneming van dit voorstel, iets worden gedaan. Een belangrijke stap in de goede richting zou de instelling van Arob-gerechten in eerste aanleg kunnen zijn. Inmiddels ziet het er naar uit dat een dergelijke opzet inderdaad gaat worden gerealiseerd blijkens de aankondiging van de Minister

van Justitie tot de instelling van zes Arob-gerechten te willen overgaan.<sup>546</sup>

Men kan ook alle voorgestelde ingrepen uit de weg gaan en het Arob-beroep incidenteel uitbreiden, zoals in artikel 39 Wet op de Ruimtelijke Ordening. De overzichtelijkheid van ons rechtsbeschermingssysteem is daarmee niet gediend.<sup>547</sup> Doen zich situaties voor waarin de wetgever Arob-rechtsbescherming wenst tegen besluiten waarvan niet zeker is dat de Arob-rechter ze als beschikking zal aanmerken, dan bewandelt men met bepalingen à la artikel 39 wel de veiligste weg. Ze vormen echter tevens een aanwijzing dat de beperking van het beroep tot beschikkingen en vanwege de afbakeningsmoeilijkheden en uit meer algemeen rechtspolitiek oogpunt niet probleemloos is.

## Hoofdstuk 1

- <sup>1</sup> Steenbeek, Wet Arob.
- <sup>2</sup> Loeb e.a.
- <sup>3</sup> AROB (Samsom ed.).
- <sup>4</sup> Borman; Punt, preadvies.
- <sup>5</sup> De Haan in Tien jaar Wet AROB; hoe verder?, p. 11.
- <sup>6</sup> Nijhoff/Sijthoff, Den Haag en Leiden, verschijnend sinds 1882.
- <sup>7</sup> Bron: G.W. Bannier, Grondwetten van Nederland, Zwolle 1936, p. 50.
- <sup>8</sup> Bron: B.C. Vis en J.J.A. Woldring, Naar één gemeentewet, Zwolle 1980, p. 310.
- <sup>9</sup> Van Driel, p. 12, denkt o.a. aan Koninklijke boodschappen waarbij wetsvoorstellen worden aangeboden. Deze worden echter niet door de minister ondertekend. Formeel treedt de koning hier als staatshoofd op, terwijl de besluiten en beschikkingen van artikel 86 een optreden van de koning als samenstellend deel van de regering veronderstellen.
- <sup>10</sup> Van Driel, p. 17.
- <sup>11</sup> C. van Vollenhoven, Staatsrecht Overzee, Leiden-Amsterdam 1934, p. 265.
- <sup>12</sup> Vgl. Van Driel, p. 19-20. Artikel 150 luidt: 'De plaatselijke verordeningen, waaronder alle voorschriften en beschikkingen van den Raad en van Burgemeester en Wethouders worden verstaan, treden niet in hetgeen van Rijks- of provinciaal belang is. Bij twijfel, of eene verordening dit deed, verbindt zij, totdat artikel 153 is toegepast.'
- <sup>13</sup> Vgl. artikel 15, lid 2 vs artikel 33, lid 2 van het EGKS-verdrag, waar gesproken wordt respectievelijk van een beschikking van individuele aard en een van algemene aard. Vgl. ook het EEG-verdrag, de artikelen 189 e.v. waar het begrip beschikking juist onderscheiden wordt van de verordening door het ontbreken van algemene strekking. Zie H.G. Schermers, in H.G. Schermers e.a., Rechtsbescherming in de Europese gemeenschappen, Deventer 1975, p. 17.
- <sup>14</sup> Van Driel, p. 25 e.v.
- <sup>15</sup> Bijvoorbeeld Donner, 4e druk, p. 245 en Van Wijk/Konijnenbelt, 5e druk, p. 182.
- <sup>16</sup> C.W. van der Pot, Nederlandsch Bestuursrecht, Algemeen Deel, 1e druk, Alphen a/d Rijn 1932.
- <sup>17</sup> Van Poelje, p. 143-144.
- <sup>18</sup> Van Poelje, p. 136.
- <sup>19</sup> Van Poelje, p. 140.
- <sup>20</sup> Bijlage bij het Verslag van de buitengewone algemene vergadering, gehouden op 27.11.1953 ter bespreking van het rapport van de commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht, VAR-geschrift XXXIII. Daarin zijn beschikkingsdefinities opgenomen van Van der Pot, Romeijn, Donner (2x), Prins, Cie. De Monchy, Van

- der Wel, Stellinga, Vegting en de Cie Algemene bepalingen
- <sup>21</sup> Bijvoorbeeld Van Wijk/Konijnenbelt, 5e druk, p 182, Donner, 4e druk, p 251, De Goe de/Van den Brink, p 134
- <sup>22</sup> 2e oplage (1980), p 436 De bespreking in de vijfde druk (1984) is geent op de definitie van artikel 2 Wet Arob
- <sup>23</sup> Stellinga, Grondtrekken van het Nederlands administratiefrecht, Zwolle 1973, p 106, verstaat onder de beschikking 'een op enigerlei wijze vastgelegde bestuursbeslissing' Daaronder rekent hij uitdrukkelijk ook besluiten die geen rechtsgevolgen teweeg brengen 'Dat kan zich voordoen bij beslissingen, die een uitspraak geven over feitelijke omstandigheden of die liggen op het terrein van beheer, zorg, leiding en dergelijke'
- <sup>24</sup> Eenzijdige, bindende overheidsbeslissingen voor concrete gevallen moeten er trouwens in elke samenleving met een overheid wel geweest zijn 'Ein Staat, der keine Verwaltungsakte vornehmen kann, ist kein Staat mehr, und umgekehrt sobald ein Staat da ist, ist auch mindestens eine Stelle da, die hoheitliche Akte im Einzelfall vornehmen kann' (Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, Berlin 1928, p 251)
- <sup>25</sup> H Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4e druk, Munchen 1985, p 136
- <sup>26</sup> F Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht, 8e druk, Tubingen 1928, p 185
- <sup>27</sup> Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, Berlin 1928, p 239
- <sup>28</sup> G Jeze, Les principes generaux du droit administratif, 3e druk, Parijs 1925, p 25
- <sup>29</sup> M Hauriou, Precis de droit administratif et de droit public, 11e druk, Parijs 1927, p 356
- <sup>30</sup> G Vedel, Droit Administratif, Parijs 1958, p 114 en G Vedel/P Devolve, Droit Administratif, Parijs 1984, p 247 e v
- <sup>31</sup> G Vedel, t a p , p 116 117
- <sup>32</sup> Ch Debbasch, Institutions et droit administratifs (2), Parijs 1978, p 84 e v en p 110
- <sup>33</sup> Ch Debbasch, t a p , p 77
- <sup>34</sup> M Waline, Droit Administratif, 9e druk, Parijs 1963, p 434 en p 549
- <sup>35</sup> W Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin 1962, p 805
- <sup>36</sup> E Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, 10e druk, Munchen 1973, p 205
- <sup>37</sup> Zie voor een uitvoerige bespreking van deze definitie N Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg 1982, p 317 e v
- <sup>38</sup> A Buttgenbach, Manuel de droit administratif, 3e druk, Brussel 1966, p 343
- <sup>39</sup> A Mast, Overzicht van het Belgisch Administratief Recht, 8e druk, Gent Leuven 1981, p 7
- <sup>40</sup> Zoals bij A Vranckx, Administratieve rechtshandelingen, Administratief Lexicon, 1961, nr 6
- <sup>41</sup> A Vander Stichele, Executoire bestuurlijke beslissing, Rechtskundig Weekblad 14 5 1961, p 1745 e v
- <sup>42</sup> J F Glastra van Loon, Norm en handeling (diss ), Leiden 1956
- <sup>43</sup> Vgl mijn 'De Kroon op het werk?', NJB 1982, p 544 e v met literatuurverwijzingen
- <sup>44</sup> Van den Beld, Filosofie van het menselijk handelen, Assen 1982
- <sup>45</sup> Van den Beld, p 14
- <sup>46</sup> Zo kan een handelingsketen ontstaan wanneer iemand in de vlammenzee omkomt, heeft X iemand gedood enz Deze keten wordt doorbroken door een andere handeling (bij voorbeeld het brandende bos ingaan), een novus actus interveniens (Van den Beld, p 10)
- <sup>47</sup> Van den Beld, p 42
- <sup>48</sup> Van den Beld, p 60
- <sup>49</sup> Van den Beld, p 59



- <sup>50</sup> Van den Beld, p. 29 e.v.
- <sup>51</sup> Van den Beld, p. 32.
- <sup>52</sup> Van den Beld gebruikt deze term overigens niet
- <sup>53</sup> Zij het niet als duidelijk afgebakend begrip en nog in een 'embryonaal' stadium: M. Kaser/F. B.J. Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle 1971, p. 39.
- <sup>54</sup> Bothlingk meent dat het ook in het privaatrecht niet om de wil gaat, maar om de maatschappelijke betekenis die aan een verklaring mag worden gehecht 'Wat mij bindt is niet mijn subjectieve wil en evenmin het opgewekt hebben bij de ander van vertrouwen omtrent mijn subjectieve wil, doch is de volgens objectieve maatstaven uit mijn verklaring afgeleide wil'. (Bothlingk, p. 43)
- <sup>55</sup> C. Asser/L.E.H. Rutten II, *Verbintenissenrecht*, 4e druk, Zwolle 1975, p. 3.
- <sup>56</sup> Meijers, p. 211 e.v.
- <sup>57</sup> Meijers, p. 214.
- <sup>58</sup> Meijers, p. 215.
- <sup>59</sup> Meijers, p. 213
- <sup>60</sup> J.M. van Dunne, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, Deventer 1971.
- <sup>61</sup> J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer 1979.
- <sup>62</sup> t.a.p., p. 21.
- <sup>63</sup> Bothlingk, p. 105.
- <sup>64</sup> Bothlingk, p. 43.
- <sup>65</sup> Door psychologen hardnekkig construct (konstrukt) genoemd.
- <sup>66</sup> Forsthooff, p. 206.
- <sup>67</sup> Vgl. ook Donner, 4e druk, p. 251-252.
- <sup>68</sup> Forsthooff, p. 207.
- <sup>69</sup> W.G. Vegting, *Het algemeen Nederlands administratiefrecht*, Deel I, Alphen a/d Rijn 1954, p. 227-228
- <sup>70</sup> A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht, Algemeen Deel*, 2e druk, Alphen a/d Rijn 1953, p. 214.
- <sup>71</sup> Forsthooff, p. 198.
- <sup>72</sup> Bothlingk, p. 104.
- <sup>73</sup> Van Wijk/Konijnenbelt, 5e druk, p. 207.
- <sup>74</sup> Donner, 4e druk, p. 252.
- <sup>75</sup> C.W. van der Pot, *Nederlandsch Bestuursrecht*, 1e druk, Alphen a/d Rijn 1932, p. 204.
- <sup>76</sup> Van Wijk/Konijnenbelt, 5e druk, p. 204 en 207.
- <sup>77</sup> Donner, 4e druk, p. 252
- <sup>78</sup> H.D. van Wijk, *Besluiten en handelingen*, in: *Besturen met recht*, Den Haag 1974.
- <sup>79</sup> Zie bijvoorbeeld de Memorie van Antwoord II, p. 7 bij het Arob-ontwerp, kamerstuk 11279.
- <sup>80</sup> Vgl. H. Dooijeweerd, *Het juridisch wilsbegrip en de juridisch normatieve uitlegging van rechtshandelingen*, in: *Speculum Langemeijer*, Zwolle 1973, die opmerkt dat ook Von Savigny, aanhanger der klassieke wilsleer, 'de wil alleen de grondslag noemt van de wilsverklaring, maar niet van de rechtsverhouding op welke ontstaan of te niet gaan zij gericht is' (p. 33).
- <sup>81</sup> Voor het gemak wordt hierna slechts over het ambt gesproken.
- <sup>82</sup> Vgl. Afd. R. 23.4 1982, AB 447.
- <sup>83</sup> Dit ligt per definitie anders bij een meerhoofdig ambt, omdat daar niet van een besluit sprake kan zijn zonder dat er waarneembare handelingen zijn gepleegd, die deel uitmaken van de besluitvorming.
- <sup>84</sup> Zie F.A.M. Stroink, *Wet Algemene regels van bestuursrecht*, NJB 1983, p. 115.

## Hoofdstuk 2

<sup>85</sup> Zie Verslag van de Commissie van advies inzake verhoogde rechtsbescherming, ingesteld bij beschikking van de Ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie van 10 december 1946, Staatsuitgeverij, 1950

<sup>86</sup> Commissie De Monchy, p. 4.

<sup>87</sup> Commissie De Monchy, p. 3

<sup>88</sup> Commissie De Monchy, p. 20.

<sup>89</sup> Commissie De Monchy, p. 4

<sup>90</sup> Commissie De Monchy, p. 8 9

<sup>91</sup> Commissie De Monchy, p. 8

<sup>92</sup> Commissie De Monchy, p. 9

<sup>93</sup> Commissie De Monchy, p. 8.

De Commissie hanteerde ook nog een gelegenheidsargument 'Wat de praktische zijde betreft moge worden opgemerkt, dat een vaststelling van de juiste feiten, waarop het in deze zaken zozeer aankomt, beter toevertrouwd is aan rechterlijke organen, die gewend zijn de bewijsmiddelen van het burgerlijk - of het strafproces te hanteren, dan aan de administratie, die daarvoor in het algemeen niet is ingericht' (p. 9)

Ook bij beschikkingen dienen echter de juiste feiten te worden vastgesteld, bijvoorbeeld met betrekking tot de voorbereiding. Overigens heeft dit argument slechts mogelijk gelding, wanneer men de keus beperkt tot administratief beroep of gewone rechter tegen de mogelijkheid van administratieve rechtspraak kan het niet, althans niet in volle omvang, worden gebruikt.

<sup>94</sup> Commissie De Monchy, p. 2-3.

<sup>95</sup> Commissie De Monchy, p. 8.

<sup>96</sup> A.A.H. Struycen, Administratie of Rechter, Arnhem 1910.

<sup>97</sup> Steenbeek, Wet Bab, p. 23

<sup>98</sup> Kamerstuk 5363.

<sup>99</sup> MvT Bab, p. 9

<sup>100</sup> Idem

<sup>101</sup> MvT Bab, p. 8.

<sup>102</sup> MvT Bab, p. 10.

<sup>103</sup> MvT Bab, p. 12-13.

<sup>104</sup> J.R. Stellinga, De bestuursfunctie, TvO 1949, p. 413 e.v.

<sup>105</sup> t.a.p., p. 413

<sup>106</sup> J.R. Stellinga, De verhoogde rechtsbescherming van de Wet B.A.B., TvO 1971, p. 183.

<sup>107</sup> MvA I, p. 2. Ten aanzien van de Wet Arbo klinkt dit nogal vreemd, enerzijds omdat die wet pas enkele jaren eerder tot stand was gekomen, anderzijds omdat de term beschikking daarvoor al door de Commissie De Monchy werd gebruikt

<sup>108</sup> Steenbeek, Wet Bab, p. 63

<sup>109</sup> J.R. Stellinga, Het rapport van de Commissie De Monchy, TvO 1950, p. 278

<sup>110</sup> N. Okma, Behoort bij onderwerpen gelijk bijvoorbeeld die van de Woonruimtetwet 1947 en het Algemeen Vorderingsbesluit 1940 de burgerlijke rechter controle te hebben op besluiten en handelingen van de administratie, en zo ja, hoe behoort die controle te worden geregeld? Preadvies voor de NJV, Zwolle 1950, p. 47.

Onder dezelfde titel schreef ook M.M. van Praag voor die jaarvergadering een preadvies.

<sup>111</sup> t.a.p., p. 78.

<sup>112</sup> TvO 1971, p. 183; 1974, p. 328 en 1976, p. 281.

<sup>113</sup> Hierbij zijn de uitspraken met betrekking tot de weigering (artikel 3), in totaal 6, niet

- meegerekend. Doet men dit wel dan betreft het 124 uitspraken, zijnde 9,2%.
- <sup>114</sup> De absolute aantallen zijn uiteraard zeer laag in vergelijking met die betreffende de Arob-rechtspraak. Dat doet aan de inhoud van de problematiek echter niets af.
- <sup>115</sup> Nederlandse Staatscourant 12.3.1965, nr. 50.
- <sup>116</sup> Opgenomen in het rapport van de Commissie Wiarda (zie noot 117).
- <sup>117</sup> Rapport van de Commissie verhoogde rechtsbescherming met betrekking tot beschikkingen van organen van lagere overheidslichamen, Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage, 1968. Aan de regering aangeboden op 8.12.1967.
- <sup>118</sup> Ontwerp I, sub C; Commissie Wiarda, p. 23.
- <sup>119</sup> Op 26.4.1971 diende de regering een ontwerp van Wet houdende regels betreffende beroep op de Raad van State tegen overheidsbeschikkingen in (Kamerstuk 11279), en een ontwerp tot wijziging van de Wet op de Raad van State (Kamerstuk 11280).
- <sup>120</sup> Advies p. 35.
- <sup>121</sup> VV II p. 3.
- <sup>122</sup> VAR-geschrift LXVII, verslag jaarvergadering 1972, p. 41.  
Ook Punt sprak zich op die vergadering uit vóór het - op termijn - openstellen van beroep tegen besluiten en handelingen.
- <sup>123</sup> MvA II, p. 6-7.
- <sup>124</sup> NvW I.
- <sup>125</sup> Het woord wilsverklaring was in de NvW I vervangen door besluit, vanwege de aansluiting tussen het eerste en tweede lid.
- <sup>126</sup> In SEW 1969, p. 140.
- <sup>127</sup> Dit is niet curieus meer, maar onzorgvuldig.
- <sup>128</sup> Vgl. ook J. Peters, SEW 1967, p. 591.
- <sup>129</sup> CBB 3.7.1967, SEW p. 590.  
Zie de kritiek in dezelfde zin van J.H. van Kreveld, AROB (Samsom ed.), alg. comm., hfdst. 2, p. 23.
- <sup>130</sup> S.F.L. Baron van Wijnbergen, Rechterlijke competentie bij overheidsvorderingen op gewezen ambtenaren, Rechtspleging, Deventer, 1974, p. 289 e.v.  
In dezelfde zin ook Punt, p. 53.
- <sup>131</sup> Bijl. Hand. II zitting 1927-1928, nr. 392, 3, p. 5.
- <sup>132</sup> Van de kritiek die is geleverd op de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven over wat met besluit is bedoeld, begrijp ik dan ook niets. (Vgl. o.a. Van Kreveld, AROB (Samsom ed.), alg. comm. hfdst. 2, p. 21, en de aldaar door hem genoemde schrijvers (Punt, Steenbeek, Peters). Van Kreveld noemt ook jurisprudentie van CBB en Ambtenarenrechter met betrekking tot de uitleg van 'besluit'). Het gaat om het volgende. Het College vat 'besluit' ruim op, ruimer dan alleen beschikking. Punt, Steenbeek en Peters bekritisieren dit.  
Punt stelt eerst 'besluit' gelijk aan beschikking, omdat de Ambtenarenwet dat zo heeft bedoeld. Nu ga ik met dit laatste, zoals vermeld, akkoord, maar dat heeft geen gevolgen voor de uitleg van de Wet Arbo. En dat het Ontwerp-Loeff (1905) óók al besluit met beschikking avant-la-lettre gelijk stelde maakt op mij evenmin indruk (Punt, p. 43).  
Steenbeek, van oordeel van het College van Beroep voor het bedrijfsleven bij zijn ruime uitleg van besluit weliswaar niet in strijd handelt met de letter van de wet, signaleert een verhoogd risico voor het College zich in beleidszaken te mengen wanneer 'besluit' meer omvat dan 'beschikking'. Besluiten, volgens Steenbeek, die 'naar hun aard moeilijk vatbaar zijn voor administratieve rechtspraak . . .'. Hij spreekt in dit verband van 'gevaarlijke wandelingen die het College van Beroep voor het bedrijfsleven onderneemt aan de hand van artikel 4, lid 2, sub a van het A.R.B.' (Steenbeek, Wet Bab, p. 110-111). Op

zijn opmerkingen zou ik willen antwoorden en handelingen dan? Zijn die dan wel vatbaar voor administratieve rechtspraak? En als 'besluit' beperkt wordt tot 'beschikking', zijn 'feitelijke besluiten' dan geen 'handelingen', waartegen óók beroep open staat?

Overigens neemt Steenbeek zijn kritiek op het College in zoverre weer wat terug, door verderop de 'schuld' te leggen bij de Arbo-wetgever, waar hij de Bab regeling een op dit punt beter geslaagde noemt

Peters (SEW 1964, p. 359) meent dat het College met zijn ruime interpretatie de grenzen der administratieve rechtspraak heeft overschreden. In een poging het College te begrijpen suggereert hij dat het College enig overheids-handelen slechts bekijkt op de vier vernietigingsgronden zonder zich daarbij af te vragen of het een besluit of handeling betreft. Waarom men dan het doel van de wetgever bij het instellen der administratieve rechtspraak zou voorbij-schieten, zoals Peters meent, ontgaat mij echter.

De wetgever heeft toch ook beroep opengesteld tegen ander overheids-optreden dan beschikkingen (namelijk handelingen)! Overigens maakt Peters enige jaren later (in SEW 1967, p. 390) een reuze-waai door te verklaren. 'Nu blijkt uit de geschiedenis der wet wel, dat de wetgever met "besluit" een ruimer begrip heeft bedoeld dan "besluit met rechtsgevolg"'. (Met Punt (p. 52) kan ik ook slechts vermelden dat dit beroep op de wetsgeschiedenis niet nader gepreciseerd is. Mij heeft de wetsgeschiedenis hieromtrent geen duidelijkheid gebracht.)

En a fortiori zou ik menen een ruimer begrip dan beschikking!

In 1974 schrijft Peters in een noot onder CBB 8 10.1974, AB 285, dat volgens artikel 4 Wet Arbo in beroep gekomen kan worden tegen besluiten, die niet zijn algemeen verbindende voorschriften of strekken tot rechtshandelingen naar burgerlijk recht. 'En daar komen nog eens de handelingen, bedoeld in artikel 4, lid 1, letter b, bij.

Het is dan niet nodig, zoals bij de Wet BAB, om iemand, die strikt genomen recht zou moeten hebben op rechtsbescherming, naar huis te sturen, omdat datgene, waartegen het beroep zich richt, formeel geen beschikking is in de zin van laatstgenoemde wet. Men kan zeer wel onrechtmatig rechtstreeks in zijn belang zijn getroffen, ook al is geen sprake van een schriftelijke wilsverklaring en ook al heeft die wilsverklaring niet een van de gevolgen, omschreven in artikel 2, lid 1, Wet BAB. De ervaring is ook niet, dat de ruimere mogelijkheid leidt tot te veel beroepen'.

Waarvan akte!

<sup>133</sup> Vgl. ook Steenbeek, in: Rechtsbescherming tegen de overheid, VAR-geschrift LXVII, jaarvergadering 1972, p. 38.

<sup>134</sup> Idem.

<sup>135</sup> 11279, stuk nr. 19.

<sup>136</sup> Handelingen II, p. 4587.

<sup>137</sup> Verslag eerste Mondeling Overleg tussen regering en Bijzondere Commissie.

<sup>138</sup> Bijlage bij Verslag tweede Mondeling Overleg tussen minister en Bijzondere Commissie.

<sup>139</sup> De suggestie van Van Kreveld (J. H. van Kreveld, AROB en de beschikking, NJB 1974, p. 1091 e.v.) om te spreken van 'gericht op het in het leven roepen van een rechtsgevolg' is naar mijn oordeel terecht niet gevolgd. Deze formulering is teveel van het goede. de beschikking roept zelf het rechtsgevolg in het leven. De gerichtheid ligt besloten in het beeld van het in het leven roepen. van een onrechtmatige daad immers kan men toch niet zeggen dat hij een rechtsgevolg in het leven roept, al heeft hij wel rechtsgevolg. Dus of een besluit gericht op enig rechtsgevolg, of een besluit dat enig rechtsgevolg in het leven roept. Mijn taalgevoel geeft me een voorkeur voor het eerste.

<sup>140</sup> J. in 't Veld, De Wet AROB, TvO 1975, p. 443

<sup>141</sup> P.J.J. van Buuren, Politiedwang als sanctie, rechtsbescherming en de valkuil van de

administratieve beschikking, NJB 1976, p. 906.

<sup>142</sup> Idem.

<sup>143</sup> t a.p., p. 1093.

<sup>144</sup> TvO 1978, p. 183.

<sup>145</sup> Respectievelijk in hoofdstuk 3 (besluit, gericht op enig rechtsgevolg), 5 (voor concrete gevallen) en 4 (geen rechtshandeling naar burgerlijk recht).

<sup>146</sup> Zie hiervoor § 2.3 over de parlementaire geschiedenis van artikel 2 Wet Arob.

<sup>147</sup> MvA II, p. 6-7

<sup>148</sup> Zie AROB (Samsom ed.), commentaar bij artikel 1, p. 2 e.v.

<sup>149</sup> Zie Steenbeek, Wet Arob, p. 61 en Stroink, Het leerstuk der deconcentratie (diss.), Den Haag 1978, p. 12.

<sup>150</sup> Aldus ook Borman in zijn noot onder deze uitspraak.

<sup>151</sup> In deze zin bijvoorbeeld ook H.F. Munneke, Particulieren met openbaar gezag bekleed, TvO 1981, p. 58.

<sup>152</sup> MvT p. 12.

<sup>153</sup> VVII, p. 7

<sup>154</sup> MvA II, p. 11.

<sup>155</sup> Steenbeek (diss.), p. 26 e.v.

<sup>156</sup> Vgl. Loeb e.a., p. 72-73, die de opvatting van Steenbeek, dat de weigering een schriftelijke beschikking te geven via artikel 3 toch een Arob beschikking kan zijn, bekritiseren. Zij achten deze opvatting te algemeen, omdat dan de eis van schriftelijkheid betekenisloos wordt. Steenbeeks constructie zou alleen opgaan, wanneer de beschikking redelijkerwijs op schrift gesteld kan en moet worden. Ik houd hun opvatting voor de juiste.

<sup>157</sup> Dan zou overigens wel moeten worden aangenomen dat vanaf het moment dat het bestaan van de niet schriftelijke beschikking bekend is, terwijl schriftelijke vormgeving wordt geweigerd, de redelijke tijd waarvan in artikel 3 sprake is, is verstreken en bezwaar of beroep kan worden ingesteld. Trekt men deze conclusie niet, dan zou - bij het stellen van de eis van schriftelijkheid voor de 'normale' weigering - het systeem van de wet weliswaar niet worden geschaad, maar het kunnen starten van de Arob-procedure in bepaalde gevallen wel worden vertraagd.

<sup>158</sup> Steenbeek, Wet Arob, p. 81.

<sup>159</sup> Onder vigeur van de Wet Bab had de Kroon een telex bericht al eens voldoende geacht voor het voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste (KB 18.1.1971, nr. 56 K/vM jur.besch., p. 105).

<sup>160</sup> Anders nog besliste de Afdeling op 10.9.1981 (Vermande editie Wet Arob, jur. art. 9, p. 13): B & W van Reimerswaal werden geacht een besluit te hebben genomen in een openbare raadsvergadering en - daardoor - dit besluit naar buiten te hebben gebracht. De schriftelijke bevestiging volgde echter nadat reeds een bezwaarschrift was ingediend. De Afdeling vond dat aan het feit dat het bezwaarschrift prematuur was ingediend voorbij kon worden gegaan.

<sup>161</sup> Vgl. C. Crasborn, Aantekening onder Afd.R. 28.2.1980, tB/S V, 166.

<sup>162</sup> Zie de 4e druk van Van Wijk, Hoofdstukken van administratief recht, bewerkt door W. Konijnenbelt, Den Haag 1979, p. 53-54 en BR 1979, p. 177.

<sup>163</sup> Zie p. 183. Volgens Steenbeek (Wet Arob, p. 79) huldigt ook Scheltema de door mij bestreden opvatting. Hiervoor verwijst hij naar een noot van Scheltema onder HR 22.2.1974, AAe 1976, p. 42 e.v. Op p. 49 t.a.p. stelt Scheltema echter: 'Zowel besluiten om een overeenkomst aan te gaan (of te weigeren om dit te doen) als allerlei besluiten in het kader van dergelijke (lees: publiekrechtelijke, F.M.) overeenkomsten, bijvoorbeeld opzeggingen, vallen dan onder de omschrijving van het begrip beschikking'. Niet de

overeenkomsten dus zijn beschikkingen, maar besluiten tot het aangaan en ter uitvoering van die overeenkomsten'

<sup>164</sup> Zie de Bijlage 'Definities Beschikking' bij het VAR verslag 1953

<sup>165</sup> A.M. Donner, Wetgeving en rechtspraak, in Wetgevingsleer, Themanummer Bestuurswetenschappen, juli-augustus 1980, p. 229

<sup>166</sup> Idem

<sup>167</sup> Steenbeek, Wet Bab, p. 83 84

<sup>168</sup> Anders (nog?). G.J. Wiarda, Administratief- en civielrecht, NJB 1977, p. 730. 'Nodig is dus dat er door het besluit aan een geheel van rechten en plichten tussen een overheidslichaam en andere personen of groeperingen van personen iets verandert. Met rechtsgevolgen zijn bedoeld: rechtsgevolgen naar buiten'. Dit standpunt is door de Arob jurisprudentie achterhaald: ook conflicten tussen overheidsorganen onderling worden door de Arob rechter beslecht zelfs als die organen tot een lichaam behoren. Zie Afd. R. 25 10 1983, tB/S IV, 102.

<sup>169</sup> Minder juist acht ik daarom Wnd.Vz Afd. R. 15 9.1978, tB/S V, 102, waarin wordt gesteld, dat de lastgeving aan een ambtenaar om tot verzegeling van een pand over te gaan - met de daaraan verbonden machtiging om het pand zonodig tegen de wil van de eigenaar te betreden -, is gericht op een feitelijk handelen. Daarmee wordt miskend, dat de ambtenaar de plicht en de bevoegdheid krijgt feitelijk te handelen. Als dat geen rechtsgevolgen zijn.

<sup>170</sup> Nader gewijzigd amendement Bijzondere Commissie (stuk nr 33)

<sup>171</sup> Daarin stond oorspronkelijk: 'Met een beschikking inhoudende een weigering wordt een weigering om een beschikking te geven gelijk gesteld.' (Idem artikel 3 Wet Bab).

<sup>172</sup> Steenbeek, Wet Arob, p. 136.

<sup>173</sup> B. Hessel, Oneigenlijk gebruik van artikel 3 Wet Arob, ongewenst gebruik, NJB 1978, p. 197 e.v.

<sup>174</sup> t.a.p., p. 198

<sup>175</sup> En primair natuurlijk een bevoegdheid. Zie Vz Afd. R. 20.6 1978, tB/S V, p. 309.

<sup>176</sup> De weigering een bouwvergunning in te trekken (Afd. R. 23 9 1977, tB/S V, p. 151) is niet een beschikking 'omdat dan al dan niet de rechtsgevolgen, verbonden aan intrekking in werking treden' (Ten Berge en Stroink in hun aantekening) dat is bij elke intrekking zo -, maar omdat de Woningwet aangeeft dat ingetrokken kan worden (o.a.) wanneer een bepaalde termijn is verstreken zonder dat een begin met de bouw is gemaakt. Het verstrijken van die termijn is een wettelijk vastgelegd novum. Er is een nieuwe situatie ontstaan die om een nieuwe afweging vraagt. Deze uitspraak past dan ook in de nova jurisprudentie.

<sup>177</sup> In deze zin ook Steenbeek, Wet Arob, p. 144-145

<sup>178</sup> AROB (Samsom ed.), Commentaar bij artikelen 2 en 3, p. 27.

<sup>179</sup> Steenbeek zit er dan ook naast waar hij het stellen door een burger van 'een ultimatieve termijn van zeven dagen' een 'dwaas korte tijd' noemt (Wet Arob, p. 146). Het hangt helemaal van de situatie af, van de ingewikkeldheid der belangenafweging, of een termijn kort of lang is.

<sup>180</sup> Of omdat de wet er toe verplicht (bijvoorbeeld artikel 50, lid 2 Woningwet).

## Hoofdstuk 3

<sup>181</sup> Zie bijvoorbeeld Vz. Afd. R. 6.9.1984, AB 1986, 85 waarin intrekking van een verordening (besluit van algemene strekking) en stopzetting van subsidie (beschikking) in één

- brief waren vervat Het kopje in de AB 'Besluit zowel algemeen besluit als beschikking' is dan ook onjuist: er is sprake van twee besluiten.
- 182 Het mogen afaan op een 'in werkelijkheid' nog niet gegeven beschikking duidt op een impliciete beschikking: het schorsingsverzoek moet hoe dan ook op een beschikking betrekking hebben om verzoeker ontvankelijk te kunnen achten
- 183 Vgl. in deze zin Afd R 16 12 1980, TvO 1981, p. 493.
- 184 Zie ook Vz.Afd.R. 14 10 1977, AB 1978, 417 ofschoon het mededelingskarakter van het aanvankelijk als besluit gepresenteerde schrijven pas ter zitting bleek.
- 185 Van Wijk/Konijnenbelt, 5e druk, p. 204.
- 186 Zie bijvoorbeeld Vz Afd.R. 4.3.1980, tB/S V, p. 707
- 187 Zie ook Afd R 10 2 1983 en Afd.R 5 4 1983, Gem stem 6754, 5 en 9.
- 188 In deze zin B.W N. de Waard, Kromek Arob-jurisprudentie, TvO 1983, p. 505.
- 189 Zie ook K van Duyvendijk en J.A.M Smulders, Gemeentelijke woonruimteverdeling en administratieve rechtsbescherming, Gem stem 6813
- 190 De Waard, in zijn aantekening onder Afd R 3 1 1983, tB/S V, 292 op p. 1190, meent dat hiermee de uitspraak Afd.R. 7 8 1980, tB/S V, nr. 191a (Zeist) is achterhaald. (Vergelijkbaar met Zeist Afd R. 21 12.1981, A 3.3523 (1980) (Epe)). Inschrijving had daar echter 'slechts' deze betekenis dat men op een vorm van dienstverlening kon rekenen, in die zin dat medewerking werd verleend bij het vinden van woonruimte. Dit sluit niet (geheel) uit dat ook niet ingeschrevenen, ook voor de in beheer bij de gemeente zijnde woningen, een woonvergunning krijgen. In de kwestie Zeist wordt eenvoudig gesteld dat de inschrijving i.c. niet een voorwaarde is voor het kunnen verkrijgen van een woonruimtevergunning. Naar mijn mening legt De Waard ten onrechte maar niet onbegrijpelijk een verband met de daaraan voorafgaande opmerking dat in de gemeente Zeist niet bij of krachtens verordening regels zijn gesteld terzake van de inschrijving. Als niet inschrijving dit wel uitsluit, zoals blijktbaar in Abcoude ('naar ter zitting is komen vast te staan') dan en slechts dan is er een weigering op voorhand een woonruimtevergunning te verstrekken en dus een beschikking. Daarom kan ik niet helemaal met De Waards conclusie instemmen (t.a.p.) dat 'indien gemeenten een toewijzingsbeleid voeren . . . door middel van registratie . . . de weigering om iemand in te schrijven een beschikking . . . oplevert'; dat toewijzingsbeleid moet dan zodanig zijn dat niet ingeschrevenen ook zonder meer geen woonruimtevergunning krijgen. Wettelijke regels zijn daarbij geen vereiste: een vaste praktijk is voldoende. Maar over dit laatste bestaat geen verschil van mening.
- 191 Echter: is hier dan geen sprake van een besluit van algemene strekking? Gaat men van de tekst van de vestigingsregeling uit, dan is er sprake van een besluit op voorhand een onbepaald aantal aanvragen tot het verlenen van bewoonvergunning af te wijzen. Juist in dit element van onbepaaldheid is een reden gelegen om te spreken van een (expliciet) besluit van algemene strekking, houdende een weigering. Zie hierover hoofdstuk 5.
- 192 Zie ook § 3.4.2
- 193 Ook Kan is in zijn naschrift onder deze uitspraak in de Gemeentestem op dit punt kritisch gestemd. In een andere voorzittersuitspraak, van 25 7.1979, BR, p. 840 is het niet duidelijk of het niet aannemen van een beschikking is gebaseerd op de afwezigheid van een besluit of van het rechtsgevolg.
- 194 *Cijfermatig overzicht van de uitspraken van de Arob rechter met betrekking tot artikel 2 en 3 Wet Arob in 1983*  
Het volgende overzicht bevat de aantallen uitspraken van de Arob-rechter (uitgesplitst in die van de (wnd.) voorzitter en de drie Kamers) in de weken 1 t/m 4, 24 t/m 27 en 48 t/m 51 - 12 weken dus - van het jaar 1983, het laatste jaar waarin de Weekoverzichten alle uitspraken verkort weergaven. Na 1983 is een selectie gemaakt. (In dit overzicht zijn de

evident niet-ontvankelijkverklaringen buiten beschouwing gebleven, omdat de Week overzichten niet vermelden waarom het niet-ontvankelijk werd uitgesproken) Als artikel 2 en 3 uitspraken zijn geselecteerd die uitspraken waarvan in de overwegingen een of meer elementen van artikel 2 of 3 een rol spelen

Tevens zijn de weektotalen weergegeven van alle uitspraken in de betreffende weken ge daan, zodat het aandeel van de artikel 2 en 3 uitspraken in het totaal zichtbaar is. On- deraan is op basis van deze steekproef een geschat jaarpercentage gegeven.

De tellingen zijn verricht op basis van de Weekoverzichten van de Raad van State.

(Vz = (wnd ) voorzitter, de Kamers zijn met romeinse cijfers aangeduid, I, II en III)

Omdat in sommige uitspraken meer dan een element van artikel 2 en 3 aan de orde komt kan het totaal van de kolom 'tot. 2 en 3' minder zijn dan de som van de voorafgaande ge- tallen. Waar dit het geval is is dit met een \* aangegeven.

#### Week 1 t/m 4

	<i>art. 2,1</i>	<i>2,2a</i>	<i>2,2b</i>	<i>3</i>	<i>tot. 2 en 3</i>	<i>tot. aantal uitspraken</i>
Vz	8	1	3	1	11*	175
I	7	—	—	1	8	41
II	—	—	—	—	—	38
III	4	3	—	1	8	164
totalen	19	4	3	3	27	418

#### Week 24 t/m 27

	<i>art. 2,1</i>	<i>2,2a</i>	<i>2,2b</i>	<i>3</i>	<i>tot. 2 en 3</i>	<i>tot. aantal uitspraken</i>
Vz	8	2	1	5	14*	220
I	3	—	—	—	3	33
II	—	2	—	—	2	69
III	12	4	4	3	18*	207
totalen	23	8	5	8	37	529

#### Week 48 t/m 51

	<i>art. 2,1</i>	<i>2,2a</i>	<i>2,2b</i>	<i>3</i>	<i>tot. 2 en 3</i>	<i>tot. aantal uitspraken</i>
Vz	7	2	2	—	11	222
I	3	—	1	—	4	40
II	1	—	—	—	1	64
III	6	—	3	2	11	138
totalen	17	2	6	2	27	464

Percentage art. 2 en 3-uitspraken (= geschat percentage over 1983): 6,5 (91 op 1411).



- <sup>195</sup> J G Steenbeek, *Rechtshandeling en rechtsgevolg in het staats en administratief recht*, Assen 1958
- <sup>196</sup> Ik begrijp dan ook niet goed wat Duk bedoelt met 'Bij mijn weten wordt namelijk een handeling waarmee een onbereikbaar rechtsgevolg is beoogd, doorgaans niet als een "rechtshandeling" en dus ook niet als een "beschikking" gekwalificeerd' (Noot onder Vz Afd R 24 11 1982, AAe 1983, p 773) Elk onbevoegd genomen besluit met rechts handelingspretentie is op een onbereikbaar rechtsgevolg gericht
- <sup>197</sup> In dezelfde zin Steenbeek, *Wet Arob*, p 91 en Loeb e a , p 21 Anders (nog) Steenbeek (diss ), p 72 e v
- <sup>198</sup> In het WPNR (P van Schilfgaarde, *Nietigheden in 3 2 NBW volgens de invoeringswet*, WPNR 5621 en 5622, A de Graaf, *Nietige rechtshandeling rechtshandeling of niet?*, WPNR 5636, M A Loth, *Over nietige rechtshandelingen*, WPNR 5650, J C Hage, *Nogmaals nietige rechtshandelingen*, WPNR 5650) is een discussie gevoerd over de term 'nietige rechtshandeling' Uit het in deze paragraaf gestelde moge blijken dat ik me in de beschouwingen van Loth het best kan vinden
- <sup>199</sup> Steenbeek (diss ), p 72 e v ziet de nietige rechtshandeling als ongeldige rechtshandeling, maar dus wel als rechtshandeling (p 73) Deze opvatting is slechts mogelijk wanneer het begrip rechtshandeling zo wordt opgevat dat het teweeebrengen van rechtsgevolgen niet essentieel is Deze opvatting wordt echter door Steenbeek niet gehuldigd, getuige de volgende passages 'Met "rechtshandelingen" wordt, zoals in § 1 nader zal blijken, in aansluiting aan hetgeen de wetenschap in ons land hieromtrent leert, bedoeld op die handeling van een rechtssubject, waardoor bepaalde rechtsgevolgen expresselijk in het leven worden geroepen' (p 9) En 'De rechtshandeling toch is per definitie een handeling die leidt tot de beoogde rechtsgevolgen, doet zij dit niet, dan beantwoordt zij niet aan de definitie, is zij dus geen rechtshandeling Het wezen van de rechtshandeling ligt in de geldigheid en ontbreekt deze, dan is het wezen er niet' (p 73)
- Hoe hij dan toch nog zinvol over ongeldige rechtshandeling kan spreken ontgaat mij Bij Steenbeek zelf is er toch ook wel enige onzekerheid waar hij stelt 'wel moet bij de beoordeling van wat als rechtshandeling wordt gepresenteerd het voorvoegsel 'rechts' als het ware met enige reserve worden aangezien, omdat de hierin gelegen pretentie, dat de handeling de bedoelde rechtsgevolgen zal hebben, meer of minder discutabel is' (p 73) Volgens Steenbeek zou het probleem omzeild kunnen worden door een rechtshandeling te beoordelen op het al dan niet zijn van oorzaak en legitimatie van de beoogde rechtsgevolgen, maar dit is met een petitio principii omdat daarbij wordt uitgegaan van het begrip rechtshandeling dat door een test nog gevonden zou moeten worden Naar aanleiding van deze test merkt hij op 'De rechtshandeling als feitelijk fenomeen wordt hierdoor niet aangetast,' (p 73) Niet de rechtshandeling echter is het feitelijk fenomeen, maar de handeling! Deze handeling krijgt vervolgens het juridische voorvoegsel rechts wanneer zij de rechtsgevolgen waarop zij gericht was tot stand brengt De poging van Steenbeek om het onverzoenlijke te verzoenen lijkt me niet geslaagd en kan ook eigenlijk niet slagen
- <sup>200</sup> Ook in gevallen waarin de administratieve rechter te maken krijgt met besluiten waartegen geen beroep is ingesteld
- <sup>201</sup> Vgl F H van der Burg in zijn noot onder Afd R 20 3 1980, AB 421
- <sup>202</sup> In zijn noot onder Vz Afd R 2 2 1978, AB 341 gebruikt Van der Veen de term non existent ook voor een 'niet genomen besluit'
- <sup>203</sup> Vgl Van der Burg in voormelde noot
- <sup>204</sup> Zie Rapport ABAR, 5e druk, p 50
- <sup>205</sup> Voorkeur hiervoor heeft het Rapport ABAR, 5e druk, p 209 Anders nog CBB 12 7 1974, AB 256

- <sup>206</sup> Een voordeel van vernietiging boven het aannemen van nietigheid door de Arob-rechter is de mogelijkheid van schadevergoeding op basis van artikel 73, lid 2 j° 58b, lid 4 Wet op de Raad van State. De gang naar de burgerlijke rechter voor (aanvullende) schadevergoeding staat in beide gevallen open.
- <sup>207</sup> Vgl. in dezelfde zin - na aanvankelijk anders te hebben geluid - de jurisprudentie van de ambtenarenrechter bijvoorbeeld CRvB 27.1.1978, AB 144 en CRvB 24.3.1983, AB 321.
- <sup>208</sup> De formulering is nogal slordig: of 'gebiedt' of 'dient' is te veel, nu is er een kwadraatsgebod!
- <sup>209</sup> Zie Snijders, p. 122 e.v.
- <sup>210</sup> Stellinga bestrijdt in zijn noot onder deze uitspraak (AB 1979, 369) naar mijn mening terecht, dat de Minister van Justitie onbevoegd zou zijn, gelet op artikel 5 van de Wet RO. Deze omstandigheid maakt de uitspraak echter niet minder geschikt om als voorbeeld te dienen. De opvatting van Berger (weergegeven in een interview, AAe 1986, p. 430) dat de minister de PG inderdaad geen opdracht als bedoeld zou kunnen geven, omdat deze voor het leven is benoemd acht ik onjuist. Dat de PG bij weigerachtigheid niet ontslagen kan worden - en dus de sanctie ontbreekt - ontslaat hem niet van de verplichting ingevolge artikel 5 Wet RO de bevelen van de minister op te volgen.
- <sup>211</sup> Afgezien van een eventuele schadevergoedingsplicht wanneer er sprake zou zijn van een onrechtmatig handelen in de zin van artikel 1401 BW. Op mogelijke rechtsgevolgen in de sfeer van de ambtelijke uitvoering is in § 2.4.8 ingegaan.
- <sup>212</sup> Omdat een bedrijf hiertegen bezwaar had gemaakt en dit schrijven zelf als Arob bezwaarschrift had aangemerkt, liet de President van de Groningse Rechtbank zich er toe verleiden de Arob procedure van toepassing te achten. De waarnemend voorzitter maakte duidelijk, dat de afsluiting en dus ook de weigering van de voorgenomen afsluiting af te zien feitelijke handelingen zijn.
- <sup>213</sup> In Afd. R. 6.11.1979, tB/S V, 148 ging het om de intrekking van de toestemming aan een restauranthouder om verkeersbord nr. 116 (restaurant) te plaatsen c.q. geplaatst te houden. In casu werd een beschikking aangenomen vanwege het toestemmingselement, het betrof geen besluit omtrent het vanwege het ambt zelf plaatsen van het bord. In § 3.3.6 wordt op deze uitspraak nader ingegaan. Besluiten tot het plaatsen van verkeersborden die een ge- of verbod inhouden zijn wel op rechtsgevolg gericht maar tegen deze besluiten staat een aparte rechtsgang open (Kroonberoep). Overigens zouden ze naar mijn mening ook al vanwege hun algemene strekking niet voor Arob beroep vatbaar zijn.
- <sup>214</sup> Uiterst merkwaardig en niet goed te plaatsen zijn Vz.Afd. R. 27.10.1976, AB 1977, 20 en Vz.Afd. R. 25.11.1976, M en R 1977, p. 50, waarin besluiten tot het aanleggen van weggedeelten als beschikkingen werden beschouwd omdat die besluiten zouden zijn gericht op het rechtsgevolg dat de voorbereiding en uitvoering van die weggedeelten 'kunnen worden aangevangen en doorgevoerd'. Laten we het maar op startproblemen houden.
- <sup>215</sup> Zie over dit onderscheid verder in § 3.4.
- <sup>216</sup> In gelijke zin Vz.Afd. R. 11.12.1981, tB/S V, p. 955.
- <sup>217</sup> In de uitspraak van de Wnd. Vz.Afd. R. 3.9.1981, tB/S V, 239, wordt de niet-ontvanke-lijkheid niet gebaseerd op het ontbreken van rechtsgevolg maar op het feit dat het betreffende besluit - tot benaming van enkele woongebiedjes - een besluit van algemene strekking was. Het lijkt me echter logischer om eerst te onderzoeken of aan de eisen van lid 1 van artikel 2 is voldaan.
- <sup>218</sup> Zie in dit verband ook Afd. R. 30.9.1977, tB/S III, p. 142, Vz.Afd. R. 17.10.1979, AB 1980, 284 en Afd. R. 19.9.1979, AB 1980, 175. In het laatste geval ging het om de wei-

- gering van de raad te bevorderen dat B & W een aanvraag zouden doen: de voorbereiding van een voorbereidingshandeling derhalve!
- 219 C.A. Oskam, Artikel 19 perikelen, BR 1983, p. 259 e.v. gaat zover te veronderstellen dat B & W na een op verzoek van derden gegeven verklaring van geen bezwaar verplicht zouden zijn van hun anticipatiebevoegdheid gebruik te maken.
- 220 C.A. Oskam, t a.p.
- 221 C.B.J. Oomen, De rechtspositie van de bouwgedagiden en van omwonenden en belang hebbenden in en na een anticipatie-procedure: procedurele, juridische en bestuurlijke aspecten, Deventer 1983, p. 26 27
- 222 Artikel 50 van de Woningwet heeft een vergelijkbare wijziging voorsloeg niet onder gaan.
- 223 Vgl. M. Gonggrijp Van Mourik e a., WRO/Bro 85, Deventer 1986, p. 99 en M. ter Brugge en H.J. Hoorweg, De anticipatieprocedure in de nieuwe Wet op de Ruimtelijke Ordening en de rechtsbescherming ingevolge de Wet-Arob, Gem. stem 6788, p. 98 99. Anders H. Troostwijk, Ruimtelijke orderingsrecht, Zwolle 1986, p. 80.
- 224 Nog enkele voorbeelden bieden Afd. R. 22 2.1979, tB/S V, 120 en Vz. Afd. R. 8 2 1979, tB/S V, p. 436.
- 225 Vgl. Afd. R. 26.6.1981, Gem. stem 6701,3, waarin B & W aan hun besluit tot aanwijzing van een terrein krachtens artikel 4, lid 1 Woonwagewet, de woorden 'in principe' had den toegevoegd. Deze woorden sloegen echter op het feit dat voor de inrichting van de standplaatsen nog andere besluiten moesten worden genomen en deden niet af aan het definitieve karakter van het aanwijzingsbesluit.
- 226 Zie ook (impliciet) Vz. Afd. R. 8 7.1980, tB/S V, 190
- 227 Anders R. Fernhout in zijn noot onder Vz. Afd. R. 12 11 1984, AB 1985, 399
- 228 Tenzij aan de kennisgeving van zo'n voornemen door de wet rechtsgevolgen worden verbonden. Zie Vz. Afd. R. 16.2.1982, tB/S V, 257.
- 229 Zie bijvoorbeeld Vz. Afd. R. 27.7.1977, tB/S V, p. 101 'Eerst bij een dergelijke subsidie verlening kan voornoemde beleidsvoornemen ten aanzien van appellante worden geëffectueerd.'
- 230 De naamgeving besluit, voorlopig besluit, voornemen, informatie enz. is echter niet zonder meer doorslaggevend.
- 231 Zie ook bijvoorbeeld Vz. Afd. R. 3.8.1977, AB 393: geen beschikking 'Nu verweerder in het bestreden schrijven te kennen heeft gegeven dat de besturen van de zogenaamde functionele raden nog nader zouden worden ingelicht over de gevolgen van het voorgeno men subsidiebeleid'.
- 232 Op het vraagstuk van de al dan niet algemene strekking van het plan wordt in hoofdstuk 5 ingegaan.
- 233 Vgl. in deze zin de Nota van Toelichting bij de Rijksbijdrageregeling Sociaal-Culturele Activiteiten. Idem de aantekening van Ten Berge en Stroink onder Afd. R. 13.11.1981, tB/S V, 245
- 234 In zijn naschrift onder Vz. Afd. R. 8.6 1982, Gem. stem 6738, 5.
- 235 Dan zou ik Kans verzuchting in bovengemeld naschrift: 'Duidelijk is me de lijn van de jurisprudentie nog niet (geheel)!' als een understatement moeten beschouwen.
- 236 W.E.H. Sloots, Welzijnsrecht in heroverweging (I), TvO 1983, p. 203. Hij meent op dit punt Kan aan zijn zijde te hebben, getuige diens naschrift onder Vz. Afd. R. 3.8 1982, Gem. stem 6738, 6. Hoe Sloots daaruit steun voor zijn opvatting kan halen is mij een raadsel.
- 237 Sloots (t.a.p.) vindt het voorts merkwaardig dat ondanks de niet-ontvankelijkheid een voorlopige voorziening wordt getroffen. Het betreft hier een schijnprobleem: de niet-ont-

vankelijkheid geldt het raadsbesluit, ten aanzien van de besluiten van B & W wordt verzoekster wel ontvangen.

N.B. Ook in Vz Afd.R. 16 8 1983, AB 1984, 196 (Utrecht) vormde het door de raad vast te stellen sociaal-cultureel jaarprogramma de basis voor de door B & W te nemen subsidiebeschikkingen.

<sup>238</sup> In deze zin C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherziening 1983*, Deventer 1983, p. 171-172. Alleen in de nieuwsbladen, als ik mij goed herinner, is melding gemaakt van het zogenaamde servet-KB. Koningin Beatrix wenste enige jaren geleden aan boord van een marineschip een vaandrig ter plekke te bevorderen. Zij schreef een daartoe strekkende tekst op een servet en verzocht minister Wiegels dit KB te contrasigneren, hetgeen deze ook deed.

<sup>239</sup> In zijn noot veronderstelt Van Zanten dat er een beschikking werd aangenomen om tijdswinst te boeken, daar een nieuwe procedure inzake een alsdan geweigerd KB, niet tot een ander inhoudelijk resultaat zou hebben kunnen leiden.

<sup>240</sup> De moeilijkheid die Oomen t.a.p. oproept dat de verklaring eigenlijk als goedkeuring moet worden beschouwd en daarom (!) niet als Arob-appellabele beschikking zou zijn aan te merken lijkt me eenvoudig op een forse vergissing te berusten. tegen goedkeuringbeslissingen kan weliswaar geen bezwaarschrift worden ingediend (artikel 7, lid 2), maar ze zijn wel voor Arob-beroep vatbaar. Maar afgezien daarvan: de Afdeling heeft terecht beslist dat het hier niet om goedkeuring gaat omdat er nog niets goed te keuren valt (Afd.R. 28.4 1977, AB 288) en met goedkeuring (enigszins) verwante verschijnselen niet onder de werking van artikel 7, lid 2 Wet Arob mogen worden gebracht. Vgl. ook Holtrop, *De wet Arob en de verklaring van geen bezwaar*, TvO 1976, p. 374.

<sup>241</sup> Zie bijvoorbeeld Donner, 4e druk, p. 245 en p. 360 en S.V. Hoogendijk Deutsch en R. Samkalden, *Preadviezen Advisering in het bestuursrecht*, VAR-geschrift nr. LXXX, p. 19 en p. 96.

<sup>242</sup> Bijvoorbeeld Vz Afd.R. 7.4 1978, tB/S V, p. 254, Afd.R. 28.8 1979, tB/S V, 135 en Afd.R. 14.10.1980, tB/S V, 201.

<sup>243</sup> Bijvoorbeeld artikel 61 Wet op de bejaardenzorg.

<sup>244</sup> In casu de Commissie ex artikel 46 Ziekenfondswet respectievelijk voor de bekrachtiging de Ziekenfondsraad.

<sup>245</sup> Zie o.a. de Preadviezen van Hoogendijk Deutsch (p. 43 e.v.) en Samkalden (p. 96). Dit is ook vaste jurisprudentie.

<sup>246</sup> Zie bijvoorbeeld Vz Afd.R. 23 10 1978, tB/S V, 109.

<sup>247</sup> PS kunnen dat bewerken ex artikel 7.

<sup>248</sup> Zie bijvoorbeeld Vz Afd.R. 7.4 1978, tB/S V, p. 254 en Afd.R. 28.8.1979, tB/S V, 135.

<sup>249</sup> In de aantekening onder Vz Afd.R. 7.4 1978, V, p. 256.

<sup>250</sup> In de aantekening onder Afd.R. 28 8 1979, tB/S V, 135.

<sup>251</sup> Voor een ander uit de wet voortvloeiend recht - op inlichtingen omtrent gegevens uit het testamentregister, deze worden zonder meer aan een ieder kosteloos verstrekt - zie Vz Afd.R. 19.10.1982, tB/S V, 277.

<sup>252</sup> O.a. in zijn dissertatie 'De informatieplicht van de overheid', Zwolle 1979, p. 108 e.v.

<sup>253</sup> M. Scheltema, *Twee jaren AROB beroep, en hoe nu verder?*, in AROB-aspecten, Zwolle 1978, p. 13-14.

<sup>254</sup> J.G. Steenbeek, *Waterschap en openbaarheid*, Waterschapsbelangen 1977, p. 431.

<sup>255</sup> MvT, 13 418, nr. 3, p. 15 en MvA I, 13 418, nr. 84a, p. 4.

<sup>256</sup> A.A.L. Beers, *De wet openbaarheid van bestuur en de ontvankelijkheid van Arob beroep*, NJB 1980, p. 199 e.v.

C.H.F. Polak, *boekbespreking van H. Schelhaas, De informatieplicht van de overheid*,

in RM Themis 1981, p. 808 e.v.

J.M. de Meij, Wet Openbaarheid van bestuur: half ei of lege dop?, NJB 1980, p. 427 e.v.

L.J. Meiresonne, De Wet Openbaarheid van Bestuur in de gemeenten, Bondsblad 1980, nr. 23, p. 3.

F. Waardenburg, BOB en AROB, Advocatenblad 1980, p. 229 e.v.

257 Het niet krijgen van informatie is, anders dan Stellingma schijnt te menen in zijn noot onder Vz.Afd.R. 10.10.1979, AB 1980, 18, zelf geen rechtsgevolg

258 t.a.p., p. 205.

259 Beers zorgt trouwens zelf voor verwarring door informatieverstrekking op te vatten als een 'gebeuren' met drie elementen, waaronder . . . informatieverstrekking! Het besluit om zulks te doen kan men toch, bij een normaal taalgebruik, niet zien als verstrekken van informatie dan wel als onderdeel van het verstrekken. Het onderscheid tussen het besluit om te verstrekken en het verstrekken zelf is naar mijn mening evident. Het tweede element dat Beers onderscheidt bevat de volgende zinsnede. 'de uit de wet voortvloeiende rechtsverhouding'. Bedoeld zal zijn dat deze rechtsverhouding op de wet is gebaseerd, er in ieder geval niet rechtstreeks uit voortvloeit. Hij vervolgt met 'die als gevolg van het besluit . . . wordt vastgesteld'. Ik neem aan dat Beers bedoelt *bij* het besluit. Het vaststellen gebeurt niet als gevolg van - dus na - het besluit.

260 t.a.p., p. 205.

261 Wel kan zo'n besluit onderwerp vormen van een 1401-geding bij de gewone rechter. Men zou in kort geding verbod van de uitvoeringshandeling kunnen vragen.

262 Theoretisch kan men dit van elke gevraagde informatie zeggen

263 t.a.p., p. 230

264 Een overheidsorgaan kan toch ook informatie weigeren waarvan het toegeeft (besluit zelfs) dat de verzoeker er *wel* recht op heeft! Dat dit niet fraai is en zelfs onrechtmatig, alles akkoord, maar het betreft dan wel een feitelijk handelen.

265 Die aanspraak is weliswaar gebaseerd op een wettelijke regeling, maar vloeit daaruit niet rechtstreeks voort, er is een rechtsoordeel nodig om die aanspraak in concreto te vestigen

Onnauwkeurig zeker voor zijn doen! - lijken me dan ook de volgende uitspraken van Borman, in zijn noot onder Vz.Afd.R. 27.11.1979, AB 1980, 77. 'Echter, niet het karakter van de geweigerde activiteit acht hij (de voorzitter, F.M.) doorslaggevend, maar het bestaan van een algemeen verbindend voorschrift dat aanspraak op de activiteit geeft.' En: 'Het is de aanwezigheid van een wettelijke verplichting tot het verrichten van de feitelijke bezigheid die de beslissing tot het nalaten ervan verheft tot besluit met rechtsgevolg.' Niet het algemeen verbindend voorschrift immers, maar het daarop gebaseerde rechtsoordeel geeft de aanspraak. Het louter in strijd met de wet nalaten van een feitelijke handeling kan toch geen rechtshandeling worden genoemd?

266 Onjuist acht ik daarom de zienswijze van Sloots, TvO 1983, p. 200, die, onder verwijzing naar artikel 8a Wob, opmerkt: 'of iets een beschikking in de zin van de Wet AROB is, bepaalt de Afdeling zelf, tenzij in een wettelijke bepaling het beschikkingskarakter van zekere besluiten ondubbelzinnig vastligt'.

267 Ook beroepsinstanties kunnen op verzoek van de belanghebbende hun eigen uitspraken heroverwegen. Vgl. de herziening van een uitspraak van de Afdeling ex artikel 84 Wet op de Raad van State en de herziening door de Kroon ex artikel 61 Wet op de Raad van State (zie over de interpretatie van dit artikel KB 18.5.1983, 60, AB 362).

268 Bijvoorbeeld Vz.Afd.R. 7.1.1977, tB/S V, p. 25. Het betrof hier een waarschuwing voor bestuursdwang.

269 Vgl. resp. artikel 52 Woningwet en artikel 28 Hinderwet.

- 270 Zie recenter bijvoorbeeld Afd R 13 1 1984 en Afd R 10 2 1984, Gem stem 6770, 3 en 4
- 271 Zie bijvoorbeeld Afd R 5 4 1979, tB/S VIII, 30
- 272 Soms blijft de term achterwege en moet uit de uitspraak worden afgeleid dat de rechter bepaalde feiten als nova beschouwt (Vz Afd R 29 9 1976, AB 1977, 65 herhaalde be stuurdsdwangwaarschuwing is beschikking, blijkbaar vanwege het tussen de tweede en derde waarschuwing door B & W aan appellant gedane aanbod voorlopig geen bestuurs dwang toe te passen als hij een bepaalde verklaring zou afleggen)
- 273 Anderzijds moet op een gegeven moment ook van de onherroepelijkheid van een beslis sing kunnen worden uitgegaan Zie, inzake verleende subsidies, Afd R 31 3 1980, tB/S V, 174
- 274 Zie ook mijn naschrift in De Gemeentestem 6799,7
- 275 In het kader van de Arob bezwaarschriftenprocedure moet worden heroverwogen, zie bijvoorbeeld Afd R 14 11 1980, AB 1981, 282 Dat de beslissing op het bezwaarschrift een beschikking is, volgt echter niet uit deze verplichte heroverweging (die al dan niet heeft plaatsgevonden!), maar uit het systeem van de Wet Arob, dat er toe strekt een be roep op de Afdeling rechtspraak mogelijk te maken Zie verder mijn in de vorige noot ge noemde naschrift
- 276 Dan pas zou zich de aanvankelijk door Crinice Le Roy gevreesde frustratie van het stel len van een beroepstermijn voordoen Zie zijn noot onder Vz Afd R 30 9 1976, BR 1977, p 63
- 277 In de uitspraak van de Wnd Vz Afd R van 26 10 1977, AB 1978, 193 lijkt hiervan te worden afgeweken Eerdere aanschrijvingen konden echter niet als waarschuwing wor den opgevat, omdat deze slechts repten van een dreigend beletten om toekomstige over tredingen te plegen Dergelijke aanschrijvingen worden door althans de voorzitter niet als beschikkingen beschouwd Vgl Snyders, p 24 25 en de door hem genoemde juris prudentie
- 278 Vgl Ten Berge in zijn aantekening onder Wnd Vz Afd R 3 1 1984, tB/S V, 325
- 279 Correctie van een geschorst besluit heeft nooit rechtsgevolg, alleen al vanwege de schor sing Zie Vz Afd R 12 7 1978, tB/S VII, p 153
- 280 Zie uitgebreider T Knoop, De herhaalde aanvraag en de regel ne bis in idem in het administratieve recht, Gem stem 6685 en 6686
- N B In het strafrecht heeft het beginsel de betekenis dat men niet twee maal voor het zelfde feit mag worden vervolgd en biedt aldus de burger bescherming In het administra tieve recht wordt de overheid door dit beginsel beschermd
- 281 Daarvoor lijkt Borman wel iets te voelen, zie zijn noot onder Afd R 8 5 1981, AB 391
- 282 Omdat het gericht zijn op rechtsgevolg bij subsidies buiten kijf staat wordt de subsidie problematiek niet hier, doch uitsluitend in hoofdstuk 4 behandeld Dit neemt niet weg dat ook subsidies vaak een (specifieke) wettelijke basis missen
- 283 Zie J B J M ten Berge en F A M Stroink, tB/S V, p 548, R Fernhout, AB 1985, p 993
- 284 Voor zover het een wens betreft, met name geuit in het kader van de jurisprudentie over schadevergoedingsbesluiten, moge ik verwijzen naar § 4 2 3 Zie met name K van Rijkevorsel, in Non ex regula, p 165 en 167 en Drupsteen, p 57
- 285 Waarbij de H I D Gelderland verweerder was, maar de minister een verweerschrift in diende Vgl de rolverdeling in de vorige uitspraak
- 286 Zie hoofdstuk 4
- 287 Zie § 3 3 3 2
- 288 Opnieuw een voorbeeld van het niet opgaan van de spiegelbeeld constructie bij weigeren

- Vgl. de (weigering van) voorschotten op subsidies, § 3 3.3 2.
- 289 Fernhouts vergelijking met het 'vooruit akkoord' gaat niet op: bij deze als beschikking aangemerkte zogenaamde voorlopige bouwvergunning spelen de beginselen natuurlijk wel een rol, maar een beschikking wordt in casu aangenomen, omdat met dat vooruit akkoord een rechtsoordeel wordt gegeven over de (on)bevoegdheid inzake het toepassen van bestuursdwang. Zie over deze problematiek ook § 3 3 3 2 en § 3 4
- 290 Brief van 12.11.1974 aan de Minister van Justitie, opgenomen als Bijlage bij het Verslag tweede Mondeling Overleg tussen minister en Bijzondere Commissie.
- 291 Soms zelfs van een ander dan de besluitnemer. Zie de ook reeds in § 3.3 2 2 vermelde uitspraak Afd.R. 15 12 1979, tB/S II, p. 52
- 292 Er is hier sprake van mandaat aan een niet ondergeschikte. Zie Rapport ABAR, 5e druk, p. 46 en Van Wijk/Konijnenbelt, 5e druk, p. 60
- 293 Een ander is neergelegd in de Beschikking van de Minister van Economische Zaken van 2 december 1947, nr. 74742, J.z.
- 294 De weigering van B & W toestemming te verlenen voor woonruimteonttrekking in een gemeente waar artikel 56 Woningwet niet van kracht is, is omdat deze weigering geen verband houdt met het overleg met de Kamer van Koophandel reeds daarom geen beschikking. Er is dan zelfs geen rechtsgevolg, laat staan dat het geweigerde besluit er op gericht is. Zie Afd.R. 23 11 1982, tB/S V, 280
- 295 Over werking van beschikkingen recent HR 4.12.1985, AB 1986, 277; eerder HR 19.11 1948, AB 1949, p. 277
- 296 Er is volgens de voorzitter sprake van een 'zelfstandige rechtshandeling gericht op rechtsgevolg'. Men zou dit terecht een gekwadrateerd pleonasme kunnen noemen: een rechtshandeling is altijd zelfstandig en per definitie gericht op rechtsgevolg.
- 297 Van Zanten gaat in zijn naschrift in de Gemeentestem (nr. 6586) niet verder dan de uitspraak interessant te vinden
- 298 Uiteraard is het 'vaststellen' van het recht op een rijbewijs wel een strikt gebonden - beschikking.
- 299 Zie bijvoorbeeld P.J.J. van Buuren, Politiedwang als sanctie, rechtsbescherming en de valkuil van de administratieve beschikking, NJB 1976, p. 896 e.v. en B.C. Punt, De wet Arob, enkele kanttekeningen, NJB 1976, p. 826. Zie voorts de literatuur genoemd bij Snyders, p. 240. Ook in deze zin de Circulaire van de Ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie, Ned. Stert 1976, nr. 110
- 300 Vgl. echter Snyders, p. 76 e.v.
- 301 Steenbeek, Wet Arob, p. 94.
- 302 H. van Maarseveen, aantekening onder Vz.Afd.R. 25 8 1976, tB/S V, p. 1.
- 303 Vgl. o.a. A.R. Bloembergen, De eenheid van privaatrecht en administratief recht, WPNR 5372 t/m 5375 (1977)
- 304 Men zou de waarschuwing kunnen kwalificeren als een voorbereidingshandeling ten aanzien van de uitoefening van bestuursdwang. De term voorbereidingshandeling valt dan echter niet onder het in § 3.3 3.2 omschreven begrip, omdat de waarschuwing geen beschikking voorbereidt, maar een feitelijk handelen.
- 305 Vgl. mijn artikel De beschikking in perspectief, TvO 1984, p. 323 327.
- 306 De enkele constatering van een overtreding heeft geen rechtsgevolg (Afd.R. 29.1.1981, tB/S V, 217).
- 307 J. van der Hoeven, TvO 1983, p. 534-535 in zijn bespreking van de dissertatie van Snyders
- 308 In zijn noot onder Wnd.Vz.Afd.R. 17.1 1977, AB 113.
- 309 Zie zijn dissertatie p. 80.

- <sup>310</sup> Vz Afd R 11.9.1985, AB 1986, 247
- <sup>311</sup> Ook het Ontwerp Gemeentewet (kamerstuk 19403) kent aan het besluit de centrale plaats toe (artikel 132)
- <sup>312</sup> T a.p.
- <sup>313</sup> Zie over deze uitspraak ook W. Konijnenbelt, Feitelijk een beschikking, Gem.stem 6801.
- <sup>314</sup> Zie voor een soortgelijke verklaring door de Afdeling afgeleid uit de toestemming tot illegaal kamperen Afd.R 19 4 1985, AB 353 en uit de toestemming illegaal afvalstoffen te storten Afd.R 14 6 1985, tB/S V, 374.
- <sup>315</sup> In tB/S V, p. 1410.

## Hoofdstuk 4

- <sup>316</sup> Vgl ook J A Borman, Praktijkboek administratief recht, Deventer 1977, p. 12. In zijn preadvies voor de NJV (1981) laat hij de mogelijkheid open hier toch van een geschreven publiekrechtelijke titel, maar dan in brede zin, te spreken, wanneer men daaronder ook begrotingsposten begrijpt. In deze zin ook Van Wijk/Konijnenbelt, 5e druk, p. 185.
- <sup>317</sup> Vergelijk het over de uitvoering van (subsidie)overeenkomsten opgemerkte in § 4.2.2.2.
- <sup>318</sup> Het blijft niettemin merkwaardig, dat een rechtspersoon privaatrechtelijk kan contracteren over hoe een ambt publiekrechtelijk zal handelen. Het beeld van de rechtspersoon die ten dienste staat van de ambtenorganisatie wordt hiermee op zijn kop gezet: het ambt wordt dienstbaar gemaakt aan de rechtspersoon.
- <sup>319</sup> Anders dan in de casus Deurne waarin niet de weigering een overeenkomst aan te gaan - inhoudende het vaststellen van een uitwerkingsplan tegen betaling van een deel van de kosten -, maar de weigering een uitwerkingsplan (voor een perceel) vast te stellen werd aangevallen. En die weigering was wel een beschikking. Konijnenbelt concludeert bij bespreking van de casus Leidschendam dan ook ten onrechte - met verwijzing naar 'Deurne' - dat de Afdeling er inmiddels anders over denkt. Zie Van Wijk/Konijnenbelt, 5e druk, p. 188.
- <sup>320</sup> Waarbij niet B & W maar de gemeente Oosterhout toch wel als vermogensrechtelijk gebonden zal moeten worden beschouwd!
- <sup>321</sup> Niet omdat appellant te laat was, zoals Ten Berge en Stroink in hun aantekening suggereren, maar omdat hij niet tegen een beschikking opkwam: was hij niet-ontvankelijk. Zou hij na de uitspraak alsnog tegen de niet afgifte een Arob-procedure starten, dan is hij natuurlijk wel te laat.
- <sup>322</sup> Hand II 1973/1974, p. 4576.
- <sup>323</sup> Wanneer de Afdeling hiermee bedoelt dat de Bank i.c. geen orgaan ex artikel 1 Wet Arob is - en wat zou ze anders kunnen bedoelen - dan is er om die reden al geen sprake van een beschikking. Vgl. de noot van H.J. de Ru in de AB.
- <sup>324</sup> Een orgaan is alleen administratief orgaan in de zin van de Wet Arob voor zover het met enig openbaar gezag is bekleed, zo merken ook Ten Berge en Stroink in hun aantekening op.
- <sup>325</sup> Vgl. in deze zin ook de door H.J. de Ru aangehaalde literatuur in zijn noot onder deze uitspraak.
- <sup>326</sup> Zonder toestemming is appellant vergoeding van (een deel van) zijn opleidingskosten verschuldigd. Het bezwaar dat Crasborn in zijn aantekening opwerpt, dat dan elke vaststelling van een vergoeding voor diensten van een openbaar lichaam een beschikking zou zijn, lijkt me dan ook niet terecht, met name niet in die gevallen waarin die vaststelling



- niet op een wettelijke regeling berust
- 327 Alsmede nog enkele groeperingen, maar dat doet hier niet ter zake. Tezamen vormen zij de belanghebbenden.
- 328 In de voorzittersuitspraak valt te lezen. 'De Uitkeringsregeling 1966 ziet op bedoelde voorwaarden en kent degene, die in burgerlijke Rijksdienst werkzaam is krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, in de daarin genoemde gevallen een recht toe op uitkering ingeval van ontslag' (Cursivering van mij, F.M.).
- 329 Tak spreekt hier van een integratietheorie. Zie zijn aantekening op tB/S V, p. 277.
- 330 A. Reinders, *Subsidiering van instellingen*, Zwolle 1981, p. 18.
- 331 Het subsidiebegrip laat zich nauwelijks omschrijven. 'Onder subsidie kan ongeveer elke geldelijke steun aan wie of wat dan ook verstaan worden' (t.a.p., p. 17). Niettemin bevat zijn omschrijving een belangrijk deel van de overheidssubsidiering, zeker als men de term 'instelling' ruim neemt.
- 332 Zie ook de bijdrage van Ten Berge en Reinders aan de Steenbeekbundel, *Burger en Overheid*, Den Haag 1984, p. 40 e.v.: De subsidie bestuursrechtelijk verankerd. Over rechts zekerheid voor het specifieke welzijn.
- 333 Loeb e.a. (p. 61), menen dat dit artikel niet de bevoegdheid geeft tot het vestigen van financiële aanspraken. Veronderstelt de bevoegdheid tot uitgeven echter niet een bevoegdheid tot het vestigen van aanspraken, mits maar binnen het uit te geven bedrag wordt gebleven?
- 334 Zie het overzicht bij J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, Deventer 1983, p. 58-59.
- 335 Zie uitgebreid C.J.A. Crasborn in zijn aantekening onder Afd. R. 8.5 1980, tB/S V, 180.
- 336 Deze aanvankelijk ook in het Ontwerp Wet Arob opgenomen uitzondering is vervallen door aanneming van het amendement Scholten-Kappeijne van de Coppello, Kamerstuk 11279, nr. 18. Er is nog wel een uitzondering voor financiële bijdragen aan publiekrechtelijke lichamen (artikel 5, aanhef en onder j Wet Arob).
- 337 Anders is het wanneer de terugvordering de intrekking van de subsidiebeschikking omvat. Dan is die intrekking appellabel. Zie Afd. R. 20.12.1981, tB/S V, p. 1045.
- 338 Een en ander kan gecompliceerd komen te liggen wanneer er bijvoorbeeld een subsidie wordt toegezegd onder de voorwaarde dat een bepaald civielrechtelijk contract wordt gesloten. De civielrechtelijke uitvoering van die overeenkomst moet dan voor de civiele rechter worden gebracht terwijl de (definitieve) toekenning van de subsidie een voor Arob beroep vatbare beschikking is. Zie Afd. R. 16.6.1978, tB/S V, 80.
- 339 Voor het eerst gebruikt in Afd. R. 14.12.1976, tB/S III, p. 1.
- 340 Vgl. Ten Berge's aantekening onder tB/S V, 352 en Reinders' aantekening onder tB/S V, 110.
- 341 De benodigde verklaring van geen bezwaar van B & W - ten onrechte met de term advies aangeduid - werd namelijk ook als beschikking beschouwd.
- 342 Inzake gemeentegarantiebesluiten die als beschikkingen worden aangemerkt vallen nog te noemen Wnd Vz. Afd. R. 9.3.1981, tB/S XI, 35 en Afd. R. 21.1.1983, tB/S III, 412.
- 343 Zie over deze uitspraak ook D.A. Lubach, *De ingetrokken gemeentegarantie*, Bestuur, oktober 1985, p. 24-25.
- 344 Volgens Punt, preadvies, p. 159-160, ook had moeten doen.
- 345 Punt, preadvies, p. 159.
- 346 Borman, p. 67-68.
- 347 Zo ook Ten Berge in zijn aantekening onder deze uitspraak.
- 348 Naast Borman en Punt, die reeds werden genoemd, bijvoorbeeld ook Crasborn. Zie zijn aantekening onder tB/S V, nrs. 180-181.

- 349 In deze zin ook Ten Berge in zijn aantekening onder tB/S V, 352
- 350 Ten tijde van het vaststellen van de eindtekst werd bekend dat de minister de BKR per 1 1 1987 zal intrekken Vanwege de voorbeeldfunctie heb ik deze paragraaf toch maar gehandhaafd
- 351 Gewijzigd voor zover hier van belang bij besluit van 30 9 1974, Nr 63633/IIIb, Stcrt 1974, nr 198
- 352 Zie uitgebreider hfdst 7 van het preadvies van A Reinders en F Hoefnagel, Kunst, kunstbeleid en administratief recht, VAR geschrift XC, 1983
- 353 Zie preadvies Reinders en Hoefnagel, p 144
- 354 Afd R 17 12 1979, AB 1980, 560
- 355 Steenbeek in zijn aantekening onder Hof Den Haag 12 9 1979, tB/S XII, 5, Crasborn in zijn aantekening onder Afd R 8 5 1980, tB/S V, 180 en (impliciet) Stellinga in zijn noot onder Vz Afd R 11 5 1978, AB 360 Borman heeft wel begrip voor deze jurisprudentie maar kan zich niet geheel vinden in de onderbouwing daarvan noot onder Afd R 13 7 1981, AB 1982, 147
- 356 tB/S V, p 695
- 357 Borman lijkt dit civiel gehalte miniem te vinden Zie Borman, p 67
- 358 Zie zijn noot onder deze uitspraak
- 359 Zie § 4 6
- 360 Niet het erkennen van een schuld, een plicht tot het betalen van schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen, maar het betalen zelf is een rechtshandeling naar burgerlijk recht resp de weigering te betalen de weigering zo'n rechtshandeling te verrichten Waar de term toekennen van een schadevergoeding wordt gebruikt (bijvoorbeeld in Afd R 10 3 1978, AB 381) moet dit toekennen als betalen worden begrepen de plicht daartoe vloeit immers rechtstreeks voort uit de wet
- Vergelijk in genoemde uitspraak de volgende overweging 'Onder deze omstandigheden moet worden geoordeeld, dat de weigering van verweerder appellat een schadevergoeding toe te kennen is aan te merken als een weigering een rechtshandeling naar burgerlijk recht te verrichten'
- 361 Ik geef aan de term bestuurscompensatie(besluiten) de voorkeur het wel of niet betalen van een vergoeding maakt nu juist deel uit van het antwoord op de vraag naar de (on)rechtmatigheid van het handelen Zie ook H G F Schoordijk in zijn rede 'Bestuursrecht en privaatrecht, een interne rechtsvergelijking', Tilburg 1984, p 12 en Van Wijk/Konijnenbelt, 5e druk, p 388 Het bezwaar van Van Wijmen (Bouwrecht 1984, p 395) en Winter (NJB 1985, p 548) tegen de term bestuurscompensatie, dat niet het be stuur maar het nadeel voor de bestuurd wordt gecompenseerd, deel ik niet
- Men kan de term ook begrijpen als compensatie door het bestuur (vgl de term bestuurs optreden)
- 362 Een dergelijke constructie kan natuurlijk alleen maar worden gehanteerd wanneer het besluit tot de schadetoebrengende activiteit voor beroep vatbaar is (geweest)
- 363 Vgl de terechte kritiek van Drupsteen (p 57) op Van Wijmens noot onder deze uitspraak
- 364 K van Rijkevorsel, noot onder B & W Rotterdam 12 4 1983, BR, p 854 (Hartelkanaal) en in Non ex regula, p 165 en 167
- 365 Drupsteen, p 57, J H W de Planque, noot onder Afd R 22 1 1983, AB 1984, 154
- 366 Vgl in deze zin P C E van Wijmen, Buitenwettelijke schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, ook wel genoemd 'bestuurscompensatie', BR 1984, p 395 e v (m n p 403)
- 367 M Scheltema, De rechterlijke bevoegdheid bij schadevergoeding wegens rechtmatige en

onrechtmatige daad, Beeld van een Goede vriendschap, p. 243: 'Grondt men zijn vordering ( . . ) op rechtmatige daad, dan biedt ons recht naar het oordeel van de Hoge Raad geen algemene basis'.

Idem K. van Rijckevorsel in zijn noot onder B & W Rotterdam 12.4.1983, BR p. 854. Via de Bregstein-constructie (Voorste Stroom VII) bereikt de Hoge Raad echter hetzelfde als wanneer hij wel een basis in het recht aanwezig had geacht voor schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad

<sup>368</sup> Drupsteen knoopt aan zijn suggestie vergaande voorstellen over competentieverdeling vast (Drupsteen, p. 58). Dan is natuurlijk alles mogelijk. Binnen het huidige wettelijke kader van artikel 2 Wet Arob kan ik zijn uitnodiging aan de Afdeling niet onderschrijven

<sup>369</sup> R R Winter, Nadeelcompensatie bij bestuursoptreden, publiek- of privaatrecht?, NJB 1985, p. 548 e.v.

<sup>370</sup> Dit is weliswaar ingewikkeld, maar waarom deze situatie als onmogelijk zou moeten worden beschouwd ontgaat mij. Vgl. B. Hessel, De Afdeling rechtspraak geconfronteerd met het stelsel van bestuurscompensatie, BR 1982, p. 374.

<sup>371</sup> Ook Van Wijmen signaleerde al summier een analogie met subsidiebeschikkingen in zijn noot onder Afd R 12.1.1982, AB 299.

<sup>372</sup> Er zou natuurlijk van een bestuursdwangwaarschuwing sprake kunnen zijn, maar dan is het noemen van artikel 209, aanhef en onder h gemeentewet overbodig en verwarrend; voorts wordt in de uitspraak geen melding gemaakt van overtreding van een wettelijk voorschrift.

<sup>373</sup> Borman, p. 45.

<sup>374</sup> Het is wellicht goed hier bij voorbaat op te merken dat in het kader van de taken en bevoegdheden van B & W artikel 124 Grondwet geen rol kan spelen. De Grondwet richt zich immers uitsluitend tot de gemeentewetgever; aan de gemeentewet ontleen de ambten hun bevoegdheden.

<sup>375</sup> Bijvoorbeeld de artikelen 219 tot en met 222 gemeentewet.

<sup>376</sup> W. Francken, De Gemeentewet met de daarover, vooral in de Tweede Kamer der Staten-Generaal, gewisselde stukken en gehouden beraadslagingen, Nijmegen, 1851, p. 339.

<sup>377</sup> Idem. (Citaat uit Verslag Cie. van Rapporteurs Tweede Kamer).

<sup>378</sup> Het gaat hier overigens niet om een verplichting waarop de burger zich zou kunnen beroepen (Zutphense Zuiderhaven, HR 23 11.1939, NJ 1940, 242). Brederveld heeft er te recht op gewezen, dat dit arrest - net zo min trouwens als dat over de Ferwerderadeelse motorrijder (HR 9.1.1942, NJ 295) - met de hier aan de orde gestelde bevoegdheidsvraag niets te maken heeft (E. Brederveld, Een 'waterige oplossing' van besluiten met betrekking tot openbare grond, Gem.stem 6500).

<sup>379</sup> Vgl. J.C. Schroot, M. van Vliet, N. Wijma, Begrip van de Nederlandse gemeente, deel III, Alphen a/d Rijn 1979, p. 259.

<sup>380</sup> Over artikel 209, aanhef en onder h als taakverdelingsartikel zie B. de Goede, Het beheer in het waterstaatsrecht, Utrecht, 1951, p. 111.

<sup>381</sup> Ook Borman spreekt over artikel 209, aanhef en onder h, als een plausibele grondslag. (Borman, p. 45)

<sup>382</sup> B. de Goede, Oplossing van besluiten, Gem.stem 6471.

<sup>383</sup> Daarom ook wordt geen beschikking aangenomen wanneer het feitelijk uitoefenen van zorg door een gemeentebestuur niet wordt beheerst door artikel 209, in het geval dus dat eigendom en beheersplicht niet samenvallen.

Zie Afd R 30 7.1982, tB/S V, p. 1089 en Afd R 28.8.1984, tB/S IV, 110.

- <sup>384</sup> Een dergelijk verbod mist rechtskracht, aldus ook de toelichting in de MBV, voor gebieden waarvoor een bestemmingsplan van kracht is. Dit is vaste jurisprudentie
- <sup>385</sup> In het volgende citaat wordt met 'het' standpunt van de Hoge Raad het Hoogeloonse be-  
doeld
- <sup>386</sup> H Ph.J.A M. Hennekens, *Uitwegen gewogen*, in: *Goed en Trouw* (Van der Grinten bundel), Zwolle, 1984, p. 403 e.v.
- <sup>387</sup> H.Ph.J.A M. Hennekens, *De openbare weg en het privaatrecht*, Zwolle 1977, p. 47-62.
- <sup>388</sup> In de kwestie Laren kwam de Afdeling aan een inhoudelijke beoordeling niet toe
- <sup>389</sup> Ook bij de vraag of sprake is van een administratief orgaan (artikel 1 Wet Arob) wordt het taak criterium gebruikt. Zie Vz Afd R. 19 3 1981, AB 1982, 411
- <sup>390</sup> Vgl E Brederveld, *Een 'waterige oplossing' van besluiten met betrekking tot openbare grond*, Gem stem 6500.
- <sup>391</sup> Borman, p. 41.
- <sup>392</sup> Anders dan verweerder meende Crasborn stelt in zijn aantekening dat de Afdeling op dit punt voor open doel kan scoren. Uit het vervolg zal blijken dat hier wellicht van een buitenspeldeelpunt moet worden gesproken. De Afdeling overwoog namelijk als volgt: 'Genoemde verplichting vloeit niet reeds voort uit de voorwaarde zelve maar ontstaat eerst indien het provinciaal bestuur aan de ABM mededeling doet van de door haar gedane, daartoe strekkende keuze. Met het ontstaan van evenomschreven verplichting brengt het besluit van 2 juni 1981 naar het oordeel van de Afdeling een verandering in de tussen de provincie en de ABM (thans: de Amsterdamse Ballast Bagger en Grond B V) bestaande rechtsverhouding teweeg. Reeds hierom kan aan het besluit van verweerders van 2 juni 1981 enig rechtsgevolg niet worden ontzegd.' Onder volledige instemming met dit betoog kan hieruit toch niet worden afgeleid dat er dus van een rechtshandeling sprake is. De Afdeling hanteert hier dezelfde dogmatisch onjuiste constructie als bij de bestuursdwangwaarschuwing: het vervullen van een voorwaarde waardoor enig rechtsgevolg ontstaat is reeds daarom een rechtshandeling (een handeling die er toe strekt enig rechtsgevolg te doen ontstaan). De verplichting is voorwaardelijk opgenomen in het oorspronkelijke besluit uit 1942, anders gezegd, dat besluit was conditioneel op die verplichting gericht. De verplichting ontstond inderdaad pas op het moment dat de voorwaarde was vervuld. Maar de voorwaarde was niet op het ontstaan van die verplichting gericht, maar op de verwijdering van de kunstwerken, op iets feitelijks dus.
- <sup>393</sup> De Afdeling heeft het in deze uitspraak waarin geen inhoudelijk oordeel over het besluit werd gegeven over het *omstreden* besluit. Duidt deze Freudiaanse verschrijving op een Vorentscheidung ten aanzien van de zaak ten gronde?
- <sup>394</sup> De stelling van Van Schendel (Vertegenwoordiging in privaatrecht en bestuursrecht, Deventer 1982, p. 141). 'De bevoegdheid tot het geven van beschikkingen vloeit nimmer rechtstreeks voort uit de algemene bestuurstaak' staat haaks op deze jurisprudentie van de Arob-rechter.  
In het Rapport ABAR, 5e druk, p. 104, wordt de jurisprudentie inzake de publieke taak zoals hierboven omschreven weliswaar niet ontkend, maar tot een uitzondering gereduceerd
- <sup>395</sup> Steenbeek, Wet Arob, p. 125-126.
- <sup>396</sup> T.a.p., p. 126
- <sup>397</sup> Zie o.a. Vz.Afd R. 13.4 1977, AB 372, Afd.R. 1.12.1977, AB 1978, 229, Vz.Afd.R. 2.2.1978, AB 210, Afd R. 21.11.1978, AB 1980, 528
- <sup>398</sup> Verstandig is het natuurlijk wel. De bereidheid bij de rechter tot ambtshalve onderzoek op dit punt moet voor elk geval tenslotte weer worden afgewacht.
- <sup>399</sup> In deze zin ook Vz.Afd.R. 22.2 1979, AB 1980, 623. Een andere formulering die tot het-

zelfde resultaat leidt ('Niet is kunnen blijken dat . ' enz ) in Afd.R. 3 6 1980, AB 537 en Afd R 26 8 1983, tB/S V, 313

400 Zie ook de noten van J.H. van der Veen (in de AB), M.A.C. van Egdom en J.M.H.F. Teunissen in NG 1982, nr. 31, p. S 147/148, E. Brederveld in Gem.stem nr. 6731, 7, voorts P. Nicolai in AAe 1983, Katern 8, p. 281.

401 Teunissen en Van Egdom stellen in hun noot dat de burgemeester in het kader van artikel 221 gemeentewet slechts kan optreden ter uitvoering van raadsverordeningen. Deze opvatting wordt door de Afdeling afgewezen. Zie heel duidelijk op dit punt Afd.R. 15 6 1984, KG 241, AB 1985, 96. De door Teunissen en Van Egdom aangehaalde uitspraak van 23 6 1981, Gem.stem 6699, 3 is hiermee overigens niet in strijd, waar deze uitspraak slechts aangeeft dat *als* er een verordening ter zake is, de burgemeester tot uitvoering bevoegd is. Maar dat was al langer bekend. Het woord 'eigen' (bevoegdheid) wordt men ik in casu gebruikt om de verhouding tot B & W (en niet tot de raad) aan te geven.

402 Vgl. in deze zin Van Buuren in zijn noten

403 Steenbeek, Wet Arob, p. 126.

404 Zolang de jurisprudentie ter zake in de lucht blijft hangen blijven geloofsvragen van een gewicht dat hen in het positief recht niet toekomt.

405 Rapport ABAR, 5e druk, p. 114.

406 Zoals bekend huldigt de Hoge Raad een andere opvatting (HR 19 1 1968, NJ 166)

407 Steenbeek, die het hiermee ook moeilijk heeft (Wet Arob, p. 126) geeft als achtergrond dat er een zekere consensus zou bestaan 'dat het de overheid weliswaar vrijstaat privaatrechtelijke vormen te gebruiken, maar dat dat niet mee mag brengen dat zulks afdoet aan de rechtsbescherming die ten voordele van de belanghebbende aan het gebruik van de publiekrechtelijke weg verbonden is'. De bronnen die hij daarvoor aanhaalt beweren op zijn hoogst dat als er een keuzemogelijkheid is, de overheid ook haar privaatrechtelijke middelen met het oog op het algemeen belang moet aanwenden en een publiek rechtelijk getinte beoordeling (met name inzake de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) door de rechter moet verwachten. Dit sluit echter de keuze voor de privaatrechtelijke weg geenszins uit.

408 Ook voordat het BW de gemeente rechtspersoonlijkheid toekeende, werd er van uitgegaan dat de gemeente rechtspersoonlijkheid bezat.

409 In deze zin ook J.T. van Stegeren, De Wet AROB en rechtshandelingen naar burgerlijk recht, NJB 1977, p. 740 e.v., in het bijzonder p. 742. Dit neemt niet weg dat ook het sluiten van de overeenkomst door de burgemeester tot die wilsvorming kan worden gerekend en in die zin als wilsbesluit kan worden beschouwd - zoals W.A.M. van Schendel doet in zijn dissertatie *Vertegenwoordiging in Privaatrecht en Bestuursrecht*, Deventer 1982, p. 105, maar dan wel als een mechanisch uitgevoerd wilsbesluit!

410 J.T. van Stegeren, *Formeel gemeenterecht*, Den Haag 1966, p. 216.

411 Zie voor een bespreking van dit arrest ook J. Witsen, NG 1961, p. 57 e.v.

412 In deze zin dient mijns inziens ook Hof's-Gravenhage 9 12.1983, NJ 1984, 642 te worden begrepen: een raadsbesluit kan een zodanig aanbod bevatten dat aanvaarding daar van de (koop)overeenkomst dadelijk tot stand doet komen. Het Hof zal hebben bedoeld - en merkt dat elders in het arrest ook op - dat de gemeente niet meer eenzijdig kan terugtreden. Het zou met andere woorden onrechtmatig zijn dat de burgemeester als vertegenwoordiger van de gemeente zou weigeren de koopakte te tekenen.

413 Met een enigszins andere uitwerking maar dezelfde conclusie ten aanzien van het gemengde privaats-publiekrechtelijke karakter van het raadsbesluit Van Schendel, p. 113 (zie noot 409).

- <sup>414</sup> Vgl. W.G. Vegting, *Het algemeen Nederlands administratiefrecht*, Alphen a/d Rijn 1957, Deel II, p. 56: 'Het hogere overheidsorgaan dat zo'n invloed uitoefent op structuur of werkzaamheid van een openbaar lichaam, dient zover deze invloed reikt in de verhouding van het openbaar lichaam tot derden, beschouwd te worden als een tot dit lichaam behorend orgaan, waarvoor dit lichaam ook de risico's draagt', respectievelijk Deel I, p. 84.
- <sup>415</sup> Zie E.J.J. van der Heyden/W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, 10e druk, Zwolle 1984, p. 450.
- <sup>416</sup> Bij minder duidelijke regelingen omtrent de goedkeuring kan de werking van de overeenkomst soms al zonder goedkeuring worden aangenomen. Zie HR 27.1.1984, NJ 545 (WGO/Koma) handelend over besluitvorming van een orgaan van een gemeenschappelijke regeling.
- <sup>417</sup> Anders: N. Berge en Stroink, AROB (Samsom ed.), *Commentaar Wet-AROB*, artikelen 2 en 3, p. 15.
- <sup>418</sup> Bijvoorbeeld Vz.Afd.R. 13.4.1977, AB 372 en Afd. R. 2.2.1978, AB 210.
- <sup>419</sup> Zoals het effect dat aan een biljartbal wordt gegeven noodzakelijk tot een bepaalde beweging van de bal leidt bij aanraking van een band.
- <sup>420</sup> Omdat in de beginjaren veelvuldig de term oplossen door de rechter werd gebruikt, wordt ook gesproken van de oplostheorie.
- <sup>421</sup> Vgl. A. Cocatre-Tilgier, *Recours pour excès de pouvoir et contrat dans la jurisprudence du Conseil d'Etat Français*, *Revue Internationale des Sciences Administratives* 1956, in het bijzonder p. 91 e.v.; M. Vauthier, *Analyse d'une construction juridique, les actes de tachables en droit administratif*, *Journal des Tribunaux* 1958, p. 413-417; A. Mast, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 8e druk, 1981, nrs. 130 en 558. Vgl. ook o.a. de volgende arresten van de Belgische Raad van State (Bron: *Tabellen Raad van State*):
- Ferrier en Biot, nr. 5498, 15.2.1957 (I, Algemeen, 4)
  - De Moor, nr. 10.434, 11.2.1964 (II, A, bb, 1)
  - Gilson, nr. 5557, 21.3.1957 (II, A, bb, 7)
  - Beauval, nr. 6157, 18.3.1958 (XI, B, b 1)
  - N.V. Abommi en Woestijn, nr. 13.445, 18.3.1969 (XI, C, c 1/2)
- <sup>422</sup> A. Mast, t.a.p., p. 128.
- <sup>423</sup> Men zou dit het Fred Flintstone effect kunnen noemen.

## Hoofdstuk 5

- <sup>424</sup> Gelet op de betekenis van de Wet Arob heeft een indeling waarbij besluiten van algemene strekking als tussencategorie fungeren dan ook niet veel actueel belang. Zie P.C.E. van Wijnen, *Recht, belang en rechtsbescherming*, 's-Gravenhage 1981, p. 420, die een dergelijke indeling hanteert.
- <sup>425</sup> Zoals J. van der Hoeven heeft voorgesteld met een uitzondering voor door bevoegde wetgevers vastgestelde verordeningen. Zie *Bestuur en rechter*, in: *Recht op scherp*, p. 307 e.v.
- Voor een pleidooi voor splitsing van besluiten in beschikking en besluit van algemene strekking zie A.Q.C. Tak, *Besluiten van algemene strekking*, RM Themis 1980, p. 132 e.v.
- <sup>426</sup> Zie Tak t.a.p.
- <sup>427</sup> Bijvoorbeeld de onderscheiding naar overzienbaarheid van belangen en gevolgen van

vernietiging, W. Duk, De zachte kern van het bestuursrecht, RM Themis 1978, p. 564 e.v.

- 428 In de betreffende gemeente was de Woonruimtetwet niet van toepassing. Er was dus ook geen sprake van een impliciete weigering/verlening van een woonruimtevergunning.
- 429 Wel zou de rechter er voor de duidelijkheid de voorkeur aan kunnen geven als hij al voor een van de twee gronden kiest en niet voor beide die van artikel 2, lid 2 sub a te kiezen.
- 430 In het bijzonder onder tB/S V, 246.
- 431 Behalve de taalkundige volgorde Artikel 2, lid 2 Wet Bab luidt. Een besluit van algemene strekking is geen beschikking in de zin van deze wet  
Artikel 2, lid 2 aanhef en onder a Wet Arob luidt Geen beschikking in de zin van deze wet is een besluit van algemene strekking.
- 432 Zo denkt blijkbaar ook de Afdeling rechtspraak er over: Het KB tot goedkeuring van een waterschapsreglement werd 'mede gelet op de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet Bab' als besluit van algemene strekking aangemerkt (Afd.R. 4.9.1980, AB 1982, 483).
- 433 MvT, p. 10.
- 434 Resp. VV II p. 8 en MvA II p. 12.
- 435 MvA II, p. 11. Alle in deze paragraaf nog volgende citaten hebben dezelfde vindplaats.
- 436 Steenbeek, Wet Arob, p. 106.
- 437 HR 24 1.1969, NJ 316, HR 6 5 1983, NJ 1984, 361 en HR 1 7.1983, NJ 1984, 360.
- 438 In deze zin ook J.M. Kan, in Non ex regula, p. 75 en J.H. Blaauw, Enige vragen met betrekking tot het kort geding in burgerlijke en administratieve zaken, NJB 1981, p. 335. Kan (t a p) heeft de vraag gesteld of het niet merkwaardig is, dat de Afdeling de onverbindendheid van een regeling wel ten grondslag mag leggen aan de vernietiging van een beschikking, 'maar de burger die tracht het voorschrift rechtstreeks aan te vechten, met een niet ontvankelijk-uitspraak naar huis moet zenden'. Ik zou zeggen minder merkwaardig dan het lijkt: bij toetsing van de onderliggende regeling wordt niet in dezelfde mate aan het ongeschreven recht getoetst als bij toetsing van een beschikking. Wel heeft de Hoge Raad inmiddels toetsing van materiele (niet formele) wetgeving aan het verbod van willekeur aanvaard, maar tegelijk toetsing aan het motiveringsbeginsel afgewezen (HR 16 5.1986, RvdW 1986, 110, AB 574). Zie voor het vertrouwensbeginsel HR 25.9 1985 (Bel.kamer), AB 1986, 64, waarin toetsing van wettelijke voorschriften aan dit beginsel wordt verworpen. Aldus wordt de trias-balans (althans wat daarvan nog over is) in evenwicht gehouden. Met Kan vraag ik mij af hoe nodig en wenselijk dat is.
- 439 Ook wel persoonscriterium genoemd. Uit het vervolg zal blijken waarom ik aan de term adressaatscriterium de voorkeur geef
- 440 J.H.A. Logemann, Over de theorie van een stelling staatsrecht, Leiden 1948.
- 441 Niet steeds neemt de rechter de moeite duidelijk aan te geven waarom een besluit algemene strekking heeft. Het KB van 30 12 1983, nr. 43 (Stb. 1983, 728) houdende instelling van het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieuhygiëne onder opheffing van enkele andere instellingen, bevatte tevens bepalingen inzake de overgang van taken, verplichtingen en zorg, alsmede enkele delegatiebepalingen inzake het stellen van regelen met betrekking tot taken en organisatie van de nieuwe instelling. Tegen dit besluit stelde een werknemer van een der op te heffen instellingen beroep in. Tevens verzocht hij om schorsing. Dit besluit werd door de voorzitter een besluit van algemene strekking geoordeeld 'gezien het algemene karakter van de daarbij getroffen regeling'. (Vz.Afd.R. 27 3 1984, tB/S V, p. 1417 e.v.). En daarmee moeten we het doen. Ook niet gemotiveerd ten aanzien van het hier besprokene uiteraard - was Vz.Afd.R. 21.11.1980, Gem.stem 6644, 3. 'Een besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van verordeningen, regelen-

de de instelling, samenstelling, werkwijze en bevoegdheden van een of meer commissies als bedoeld in artikel 61 lid 1 aanhef en onder a, van de gemeentewet, is naar Ons aan vankelijk oordeel een besluit van algemene strekking'

Bij dit soort besluiten kan men ieder die er mee te maken kan krijgen als adressaat be schouwen, maar men zou ook kunnen stellen dat dergelijke besluiten eigenlijk helemaal geen adressaat hebben

<sup>442</sup> De Afdeling overwoog ook nog dat de overgangsbepalingen met het reglement waren verbonden Daarmee wordt het alleen maar erger dat zou betekenen dat het reglement zich tot de waterschappen als zodanig richt en dat is toch echt niet houdbaar

<sup>443</sup> Vergelijk het subtiele terminologische verschil tussen vrijstelling en ontheffing In dezelfde lijn Afd R 4 12 1979, tB/S V, p 566 inzake het analoge artikel 11, lid 1 Winkelsluitingswet 1951

Zie voorts Vz Afd R 21 4 1983, tB/S V, p 1239 waarin deze een ontheffingsbeslissing van B & W voorshands maar zonder meer als beschikking aanmerkte

<sup>444</sup> Dat bij de ontheffing de hoedanigheid van het object doorslaggevend is, 'waarbij de vraag wie het is die de woning als recreatiewoning wil gebruiken niet of nauwelijks een rol speelt' hetgeen Tjin (Beeld van een Goede vriendschap, p 280) er toe brengt een beschikking ter zake van een zaak aanwezig te achten lijkt me in casu niet relevant (Ook bij een bouwvergunning doet de persoon van de aanvrager er niet toe)

<sup>445</sup> Helemaal onbegrijpelijk is in dit licht, dat het besluit tot verlenen van verklaringen van geen bezwaar voor het uitvoeren van een bepaald plandeel weer niet als beschikking, maar als besluit van algemene strekking werd aangemerkt (Vz Afd R 18 12 1979, tB/S V, p 567)

<sup>446</sup> Steenbeek (Wet Arob, p 123) leidt uit bovengenoemde jurisprudentie af dat 'algemene verklaringen van geen bezwaar in ieder geval geen beschikkingen zijn zolang zij niet be hoorlijk geclausuleerd zijn en een behoorlijke waarborg bieden dat de belanghebbenden gehoord worden' Deze eisen betreffen echter de inhoud van de beschikking Als bij het niet voldoen aan deze eisen niet van een beschikking zou kunnen worden gesproken, hoe kan zo'n besluit dan worden geschorst of vernietigd?

<sup>447</sup> A D Belinfante, Kort begrip van het administratief recht, Alphen a/d Rijn 1968

<sup>448</sup> Vgl J L H Cluijsenaer, Arbeidsrecht en administratief recht, in Opstellen aangeboden aan prof mr M G Levenbach, Alphen a/d Rijn 1966, p 67, inzake het onderscheid wet beschikking

<sup>449</sup> H D van Wijk, De norm is per definitie abstract, Deventer 1971

<sup>450</sup> Vgl Van Wijk/Konijnenbelt, 5e druk, p 170 'Men kan zeggen dat hier een bestanddeel wordt toegevoegd aan de ge en verbodsnormen van de wet zonder welke de wet niet toe pasbaar zou zijn'

<sup>451</sup> Ook L H Tjin, Het onderscheid tussen beschikking en wetgeving in materiele zin in het Duitse administratieve recht een eerste verkenning, Best w 1977, p 171 e v, acht een algemeen verbindend voorschrift aanwezig

Anders denkt (dacht?) de Hoge Raad, zie HR 4 3 1958, NJ 300 Gebiedsaanwijzingen hebben volgens de Hoge Raad in ieder geval niet het karakter van algemeen verbindende voorschriften het bestaan van dergelijke besluiten moet bewezen worden Zie HR 1 6 1976, NJ 558 en HR 22 4 1980, NJ 649

<sup>452</sup> Zie artikel 81, lid 2 onder f RVV

<sup>453</sup> Een zonder meer vooraanstaande rol speelt de precieze afbakening en omvang van het gebied bij voorbereidingsbesluiten en bestemmingsplannen Daarop wordt eerst in de volgende paragraaf ingegaan

<sup>454</sup> Vz Afd R 26 3 1985, AB 468, Gem stem 6799, 5 geeft een combinatie van adressaats ,



- zaaks en samenhangcriterium te zien Deze uitspraak wordt hierna in § 5 3 behandeld
- 455 Het ging hier dus niet om een artikel 8, lid 2 besluit, maar om een aanwijzing ex artikel 21 Dat maakt voor het hier besproken vraagstuk echter geen verschil
- 456 Bijvoorbeeld Donner, 4e druk, p 247 e v , De Goede/Van den Brink, p 137
- 457 Vgl L H Tjin, De Afdeling rechtspraak en de beschikking ter zake van een zaak, in Beeld van een Goede vriendschap, p 277 e v
- 458 Hieronder valt ook te verstaan een stuk grond, een deel van het luchtruim, kortom een gebied
- 459 De Goede/Van den Brink, p 137 en Tjin, Bestuurswetenschappen 1977, p 138 gaan er blijkbaar van uit dat het zaakscriterium even gemakkelijk te hanteren is als het adres saatscriterium
- 460 In Vz Afd R 9 11 1984, Gem stem 6799, 4, eveneens inzake een prostitutieverbod, werd als maats taf genomen of er van 'een afzonderlijke de status van de weg of het weg gedeelte bepalende beslissing' kon worden gesproken
- 461 In Beeld van een Goede vriendschap, p 283
- 462 Blijkbaar anders meent Van Buuren in zijn noot onder Vz Afd R 23 4 1985, AB 1986, 11
- 463 Voor een uitzondering zie Vz Afd R 15 2 1980, AB 423
- 464 Maar het kunnen er beslist meer zijn In Afd R 12 4 1985, tB/S V, 370, ging het om 14 percelen Er was echter slechts een bouwplan
- 465 De voorzitter had nog opgemerkt 'Het gaat niet om de strekking van het verzoek maar om het aangevochten besluit' Appellant heeft vermoedelijk de fout gemaakt om een voorbereidingsbesluit te vragen voor een groter gebied dan nodig was In zijn noot onder de voorzittersuitspraak merkt Van Zanten op, dat, nu niet het perceels criterium maar de 'meervoudige bestemming ten algemene nutte' als criterium wordt gehanteerd de uit spraak toch wel vragen oproept gelet op de vaste jurisprudentie
- Het zal duidelijk zijn dat, wanneer wordt uitgegaan van twee vereisten, het zaaks en het doelvereiste, zoals in de hierboven gegeven interpretatie van de Arob jurisprudentie, deze uitspraak in die jurisprudentie heel goed past
- 466 Hiervan dient wel te worden onderscheiden het verzoek om intrekking of wijziging van een besluit van algemene strekking terwijl men slechts op onderdelen (zie bijvoorbeeld Vz Afd R 21 4 1977, tB/S V, p 44 en Vz Afd R 30 5 1983, AB 397), of tegen het niet opnemen van een bepaald element (Afd R 9 10 1979, AB 1980, 242) bezwaren heeft
- 467 In deze zin ook M A van der Ham, in haar noot onder Vz Afd R 26 3 1985, AB 468
- 468 Soms bepaalt de wet dat een besluit als een geheel moet worden beschouwd en wordt be roep tegen een onderdeel om die reden geacht te zijn ingesteld tegen het gehele besluit Zie Vz Afd R 27 11 1984, tB/S V, p 1500 over het raadsbesluit ingevolge artikel 3 Wet agrarisch grondverkeer j° het KB van 16 10 1981, Stb 659
- 469 Zie zijn naschrift onder Afd R 7 8 1978, Gem stem 6534, 5
- 470 Van de in § 5 3 3 en § 5 3 4 2 in totaal 39 behandelde uitspraken omtrent postzegel plannen en voorbereidingsbesluiten werd 16 keer een beschikking aangenomen In 4 ge vallen werd het beroep geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard Twee keer bleek een be sluit ex artikel 11 niet binnen de planvoorschriften te zijn gebleven, de andere keren ging het respectievelijk om een voorbereidingsbesluit dat in strijd met het rechtszekerheidsbe ginsel was ingetrokken en een voorbereidingsbesluit dat niet in overeenstemming met de bedoeling van de wet was genomen In geen van de gevallen was sprake van een gegrond beroep tegen een 'reguliere' weigering door de raad een postzegelplan vast te stellen
- 471 In hoofdstuk 6 zal worden ingegaan op de vraag of bij (ook dit soort) besluiten van alge mene strekking een beroepsrecht op zijn plaats zou zijn

- <sup>472</sup> Vergelijk § 5.1.2. Het plan is overigens niet zonder betekenis, daar in omvang verschillende delen van de uitkering moeten worden aangewend voor verschillende soorten wegen, opgenomen in de respectievelijke wegenplannen, bedoeld in artikel 10.
- <sup>473</sup> Daarvan gaat artikel 26, lid 4 Omroepwet uit: verdeling en toewijzing gebeurt op grond van de krachtens lid 3 vastgestelde zendtijd. Alleen in uitzonderingsgevallen kan extra zendtijd worden toegekend (lid 6).
- <sup>474</sup> Noot onder Afd.R. 19.4.1982, AB 355.
- <sup>475</sup> Vgl. § 5.3.2.3.
- <sup>476</sup> Zie het sterke pleidooi van J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, (diss.), Deventer 1983, i.h.b. hoofdstuk 13.
- <sup>477</sup> Al eerder is opgemerkt dat de MvT op dit punt, naar wij moeten aannemen, de stilzwijgende instemming van de Staten-Generaal had.
- <sup>478</sup> Dat is niet anders wanneer men vernietiging van een regeling vraagt, omdat men zich niet met een op de regeling gebaseerde beschikking kan verenigen. (Afd.R. 6.8.1982, Gem.stem 6737, 5).
- <sup>479</sup> Zie hiervoor § 5.3.
- <sup>480</sup> Tak spreekt in zijn aantekening van een 'overeenkomst van algemene strekking'.
- <sup>481</sup> Zie ten aanzien van intrekking van een algemene regeling bijvoorbeeld ook Vz.Afd.R. 25.11.1976, AB 1977, 95.
- <sup>482</sup> Dit besluit zou ook als een besluit tot het verrichten van een rechtshandeling naar burgerlijk recht kunnen worden aangemerkt. Zie hierover § 5.1.2.
- <sup>483</sup> Appellant zou óók niet-ontvankelijk zijn geweest, wanneer de Afdeling hem niet rechtstreeks in zijn belang getroffen had geacht. Anders dan Kan in zijn naschrift (Gem.stem 6686,4) meen ik, dat de beschikkingsvraag, gelet op het systeem van de Wet Arob, vóór de belanghebbende-vraag komt. Artikel 7 veronderstelt immers dat we met een beschikking (in de zin van artikel 2) te maken hebben.
- <sup>484</sup> Zie § 5.3.2.2.
- <sup>485</sup> L.H. Tjin, *Een ruimer beschikkingsbegrip*, in: *Non ex regula*, p. 177 e.v.

## Hoofdstuk 6

- <sup>486</sup> Deze stelling deed eerder opgeld in de dierenwereld, zie G. Bomans, *Erik of het klein insectenboek*, 45e druk, p. 40.
- <sup>487</sup> W. Konijnenbelt, *Feitelijk een beschikking*, Gem.stem 6801.
- <sup>488</sup> Men bedenke daarbij nog dat de belangrijkste door de Arob-rechter genomen 'strategische' beslissingen uit de eerste vijf Arob-jaren dateren.
- <sup>489</sup> Zie § 2.4.9.1.
- <sup>490</sup> Zie § 3.3.4.1.
- <sup>491</sup> Zie § 3.3.4.2.
- <sup>492</sup> Zie § 3.2 en § 4.5.
- <sup>493</sup> Vgl. Punt, *preadvies*, p. 159, die meent dat de aard van het besluit moet prevaleren boven de vorm. Zijn beroep op de wetsgeschiedenis is echter, zoals in hoofdstuk 4 al is bevestigd, niet steekhoudend.
- <sup>494</sup> Zie § 4.2.2.
- <sup>495</sup> Zie § 3.2.
- <sup>496</sup> De figuur van de prejudiciële vraag zou dan misschien uitkomst kunnen bieden. Zie A.J.H.W.M. Versteeg, *Op de grenzen van de rechtshandeling naar burgerlijk recht en de beschikking; de prejudiciële vraag in het kader van de gemengde rechtsverhouding*, NJB

1984, p. 257 e.v. en zijn dissertatie *Verdeling van rechtsmacht*, Deventer 1987.

497 tB/S V, p. 277

498 Daarom is de zienswijze van Konijnenbelt (Feitelijk een beschikking, Gem.stem 6801) dat de dogmatiek slechts een aanknopingspunt vormt op dit punt aanvechtbaar, hoezeer ik haar in haar algemeenheid onderschrijf.

499 Zie § 3.4.3.

500 Men verdedigt de Afdeling dan ook niet adequaat, zoals Konijnenbelt (t.a.p.) meent te doen door op te merken dat de rechtsgevolgconstructie overtuigt. Het gaat om de rechtshandelingconstructie en die overtuigt geenszins.

501 Zie § 3.4.2.

502 Zie § 3.3.4.2.

503 Bij postzegeplannen en voorbereidingsbesluiten moet dan tevens sprake zijn van een concreet, beperkt doel.

504 Zie § 5.3.2.3.

505 Zie § 5.3.4.3.

506 Zie § 5.3.4.4.

507 Zie § 3.3.2.2.

508 In deze zin ook J. A. Borman, *Procesrecht in Arobzaken*, Zwolle 1985, p. 94.

509 Zie § 3.3.5.

510 Zie § 3.4.

511 Zie § 3.2.

512 Zie § 3.3.3.2.

513 Zie § 4.3.4.

514 Zie § 2.4.9.3.

515 Zie § 4.2.2.3.

516 Zie § 3.4.1.

517 Een gevolg treedt per definitie later op dan zijn oorzaak. In dit verband is de volgende overweging van de Afdeling rechtspraak (23.9.1977, tB/S III, p. 130) curieus te noemen: 'Deze weigering van verweerder is . . . gericht op het rechtsgevolg dat zij . . . besloten hebben de woonfunctie van het pand van appellante . . . te handhaven en te effectueren . . .'. De weigering van B & W gold het niet willen verlenen van een vergunning ex artikel 1 Woonruimtetwet en is als zodanig (ex artikel 3) een beschikking. Zij hebben eerst besloten de woonfunctie van het pand te handhaven. Gevolg is, dat degene die om een verandering in de juridische situatie vraagt een negatief antwoord krijgt. Oorzaak (besluit) en gevolg worden in deze uitspraak door elkaar gehaald.

518 Zie § 2.4.3.

519 Zie § 3.3.3.2 en § 3.3.4.

520 Zie § 4.5.

521 Voor een diepgaander analyse van het wisselvallige en bijna mystificerende taalgebruik van de Arob-rechter waar het de ketenvorming bij privaatrechtelijke rechtshandelingen betreft zie § 4.6.

522 Zie § 1.3.3.3 en § 3.3.5.

523 Ook Snijders heeft hierover al twijfels geuit. Zie zijn dissertatie *Gemeenten en bestuursdwang*, p. 77 noot 11.

524 Wat voor dwang, bestuursdwang of politiedwang? Welnu, dit zijn synoniemen en met de term politiedwang is niets aan de hand, behalve dan dat het een nogal archaïsche term is. Nu in de literatuur in toenemende mate en in het Ontwerp Gemeentewet de meer moderne en begrijpelijke term bestuursdwang wordt gebezigd zou het de Afdeling rechtspraak niet misstaan haar terminologie op dit punt te wijzigen.

- 525 A Q C Tak, Bevoegdheidsafbakening van de AROB rechter, kunstig of gekunsteld?, rede, Deventer 1984, p 3 Op zichzelf overigens niet zo'n opmerkelijk verschijnsel de jurisprudentie van iedere Nederlandse rechter heeft annotatoren en andere deskundigen nodig om te worden gesystematiseerd Onze rechters hebben niet de gewoonte om uit voerig aan te geven hoe en waarom een uitspraak in een bepaalde jurisprudentiele traditie past
- 526 J van der Hoeven, Bestuur en rechter, in Recht op scherp, p 307 e v , de andere drie auteurs in Tien jaar Wet AROB hoe verder?, resp p 7 8, p 9 en p 11
- 527 J H Blaauw in Enige vragen met betrekking tot het kort geding in burgerlijke en administratieve zaken, NJB 1981, p 335, P de Haan in Tien jaar Wet AROB hoe verder?, p 11, J van der Hoeven in Recht op scherp, p 307 e v en J M Kan in Non ex regula, p 71 e v
- 528 A Q C Tak, Bevoegdheidsafbakening van de AROB rechter, kunstig of gekunsteld?, rede, Deventer 1984, p 15
- 529 Drupsteen, p 45
- 530 HR 24 2 1984, NJ 669 (St Oedenrode)
- 531 Zie de heldere beschouwing van A J H W M Versteeg, Over de grens van publiekrecht en privaatrecht heen, TvO 1985, p 439 e v , met name p 442 443
- 532 P J J van Buuren, Tien jaar Wet AROB hoe verder?, p 9
- 533 Sinds de Grondwetwijziging van 1983 zou dit wel wettelijk te realiseren zijn door aan wijzing van de Afdeling rechtspraak als behorend tot de rechterlijke macht (artikel 116 Grondwet) en het verschaffen aan de Afdeling in de Wet op de Raad van State van het benodigde instrumentarium waarover thans ook de burgerlijke rechter beschikt
- 534 Strikt genomen doet hij dat nu al, maar door de ketentheorie heeft deze openstelling geen effect Zou de wetgever de huidige situatie willen handhaven verdient het overweging de besluiten tot het aangaan van rechtshandelingen naar burgerlijk recht alsmede besluiten tot het goedkeuren van dergelijke besluiten in de wet expliciet van beroep uit te zonderen Zie ten aanzien van de goedkeuring eerder al B de Goede, Oplossing van be sluiten, Gem stem 6471, ondersteund door Steenbeek, Wet Arob, p 127
- 535 Tien jaar Wet AROB hoe verder?, p 8
- 536 A J H W M Versteeg, Verdeling van rechtsmacht, Deventer 1987
- 537 Al moeten we natuurlijk afwachten hoe een en ander in de praktijk zal worden uitge werkt in het samenspel van burgerlijke en administratieve rechter Dat het hier een vreselijk ingewikkelde problematiek betreft blijkt niet alleen uit het feit dat we er zelf al een eeuw mee worstelen, maar ook uit het feit dat men in Frankrijk en Duitsland, twee juridische moederlanden, de steen der wijzen op dit gebied ook nog niet heeft gevonden Zie A J de Bok, Rechtsbescherming in Frankrijk en Duitsland, Deventer 1986
- 538 In het Verenigd Koninkrijk heeft de hoogste rechter pas enkele jaren geleden voor het eerst expliciet een onderscheid tussen publiek en privaatrecht gemaakt Daar is de beweging dus tegengesteld
- 539 Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie (deel I), Den Haag 1984
- 540 De onoverzichtelijkheid wordt nog vergroot doordat ook de gewone rechter kan worden geroepen met deze criteria te werken Vergelijk Vz Afd R 12 9 1985, AB 1986, 388 en Pres Rb 's Gravenhage 13 2 1986, AB 389 over de samenvoeging van respectievelijk twee landgroepen en twee districten van het Korps Rijkspolitie, respectievelijk beschik king en besluit van algemeen strekking
- 541 En in sommige gevallen van een heleboel werk, namelijk wanneer in plaats van veel af zonderlijke beroepsprocedures tegen beschikkingen in een procedure het aan die be

- schikkingen ten grondslag liggende besluit van algemene strekking kan worden getoetst, zoals J. van der Hoeven al aangaf (Ervaringen met tien jaar AROB, Zwolle 1986, p. 30).
- <sup>542</sup> W. Duk, De zachte kern van het bestuursrecht, RM Themis 1978, p. 573-574.
- <sup>543</sup> Alsmede door enkele technische aanpassingen, zoals de vervanging van vormen van het werkwoord geven door die van het werkwoord nemen: een beschikking wordt gegeven, een besluit genomen. Aan de verandering van geven in nemen komt geen symbolische doch slechts taalkundige betekenis toe!
- <sup>544</sup> Tien jaar Wet AROB: hoe verder?, p. 11.
- <sup>545</sup> In deze zin ook J. van der Hoeven in zijn opstel 'Bestuur en rechter', in Recht op scherp, p. 315.
- <sup>546</sup> Staatscourant 1986 nr. 73.
- <sup>547</sup> Vgl. P.W.A. Gerritzen-Rode, Arob-beroep en Arob-beroep, NJB 1985, p. 1398 e.v.

# Lijst van verkort aangehaalde literatuur

AROB (Samsom ed )	Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen, losbladig, Samsom Uitgeverij, Alphen a/d Rijn 1976
Beeld van een Goede vriendschap	Beeld van een Goede vriendschap, Bundel opstellen aangeboden aan prof mr B de Goede, Den Haag 1980
Van den Beld	A van den Beld, Filosofie van het menselijk handelen, Assen, 1982
Borman	J A Borman, Administratieve rechter en rechtshandeling naar burgerlijk recht, Preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging, Zwolle 1981
Bothlingk	F Bothlingk, Het leerstuk der vertegenwoordiging, Den Haag 1954
Commissie De Monchy	Verslag van de Commissie van advies inzake verhoogde rechtsbescherming, Den Haag 1950
Commissie Wiarda	Rapport van de Commissie verhoogde rechtsbescherming met betrekking tot beschikkingen van organen van lagere overheidslichamen, Den Haag 1968
Donner, 4e druk	A M Donner, Nederlands Bestuursrecht, Algemeen Deel, 4e druk, Alphen a/d Rijn 1974
Van Driel	J M C van Driel, De Ministeriele verordening, Zwolle 1956
Drupsteen	Th G Drupsteen, Administratief schadevergoedingsrecht in Nederland, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1984
Forsthoff	E Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, 10e druk, Munchen 1973
De Goede/Van den Brink	B de Goede/H van den Brink, Beeld van het Nederlands bestuursrecht, 5e druk, Den Haag 1986
Loeb e a	R W L Loeb, B K Olivier en H Troostwijk, De wet AROB toegepast, 3e druk, Nijmegen 1986
Meijers	E M Meijers, Algemene leer van het burgerlijk recht, Deel I, De algemene begrippen van het burgerlijk recht, Leiden 1948
Non ex regula	Non ex regula Liber amicorum mr J van der Hoeven, Deventer 1985
Van Poelje	G A van Poelje, Beginselen van Nederlandsch Admi

	nistratief Recht, Alphen a/d Rijn 1927
Punt	B.C. Punt, Ontvankelijkheid en omvang van het beroep tegen administratieve beschikkingen, Den Haag 1975
Punt, preadvies	B.C. Punt, Administratieve rechter en rechtshandeling naar burgerlijk recht, Preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging, Zwolle 1981
Rapport ABAR, 5e druk	Algemene bepalingen van administratief recht, Rapport van de commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht, 5e druk, Alphen a/d Rijn 1984
Recht op scherp	Recht op scherp, beschouwingen over handhaving van publiekrecht, aangeboden aan prof mr. W. Duk, Zwolle 1984
Snijders	H.A.W. Snijders, Gemeenten en bestuursdwang, Den Haag 1982
Steenbeek (diss.)	J.G. Steenbeek, Rechtshandeling en rechtsgevolg in het staats- en administratief recht, Assen 1958
Steenbeek, Wet Arob	J.G. Steenbeek, Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen, 3e druk, Den Haag 1984
Steenbeek, Wet Bab	J.G. Steenbeek, Het beroep tegen administratieve beschikkingen, Den Haag 1965
Tien jaar Wet AROB: hoe verder?	Tien jaar Wet AROB. hoe verder? Stellingen van sprekers ten behoeve van het AROB-symposium, 26 september 1986, te Utrecht (georganiseerd door de VAR in samenwerking met Samsom H.D. Tjeenk Willink)
Van Wijk/Konijnenbelt, 5e druk	H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt, Hoofdstukken van administratief recht, 's-Gravenhage 1984

## (Waarnemend) voorzitter Afdeling rechtspraak van de Raad van State

- 22.7.1976, BR p. 702 103  
 28.7.1976, AB 198 118  
 25.8.1976, tB/S V, p. 1, AB 214 130, 285  
 14.9.1976, AB 273 96  
 14.9.1976, AB 1977, 1 118  
 29.9.1976, AB 1977, 65 284  
 30.9.1976, AB 1977, 66, BR 1977, p. 63 115, 284  
 4.10.1976, AB 1977, 18 96  
 14.10.1976, AB 1977, 19 116  
 27.10.1976, AB 1977, 20 280  
 8.11.1976, tB/S V, p. 20 69, 96  
 11.11.1976, Gem.stem 6641, 5 96  
 25.11.1976, AB 1977, 95 296  
 25.11.1976, Men R 1977, p. 50 280  
 2.12.1976, AB 1977, 78 152  
 4.1.1977, AB 173 118  
 5.1.1977, AB 151 140  
 7.1.1977, tB/S V, p. 25 118, 283  
 17.1.1977, AB 113 285  
 2.2.1977, AB 215 83  
 2.2.1977, AB 242 140  
 7.2.1977, AB 426 83  
 4.4.1977, tB/S XI, p. 39 82, 109  
 4.4.1977, tB/S V, p. 34 183  
 13.4.1977, AB 368, tB/S V, p. 37 228  
 13.4.1977, AB 372 290, 292  
 14.4.1977, Gem.stem 6477, 8 96  
 21.4.1977, tB/S V, p. 44 228, 295  
 5.5.1977, tB/S I, p. 3 67  
 5.5.1977, tB/S V, p. 47 228  
 10.5.1977, tB/S V, p. 56, Gem.stem 6464, 10 232  
 10.5.1977, AB 310 258  
 8.6.1977, tB/S V, p. 68 94  
 14.6.1977, AB 369 228  
 25.7.1977, tB/S V, p. 98 107  
 27.7.1977, tB/S V, p. 101 281  
 29.7.1977, tB/S V, p. 107 197  
 29.7.1977, Gem.stem 6494, 10 96  
 3.8.1977, AB 393 202, 281  
 16.8.1977, tB/S V, p. 116 169  
 30.8.1977, tB/S V, p. 137 217  
 28.9.1977, tB/S V, p. 161 76  
 14.10.1977, AB 1978, 417 277  
 19.10.1976, AB 1977, 77 152  
 26.10.1977, AB 1978, 193 284  
 10.11.1977, AB 1978, 307 117  
 15.11.1977, AB 1978, 80 142  
 17.11.1977, BR 1980, p. 272 99  
 17.11.1977, tB/S V, p. 183 112  
 29.11.1977, tB/S V, p. 185 207, 210  
 29.12.1977, AB 1978, 131 215  
 6.1.1978, AB 160 190  
 10.1.1978, tB/S V, p. 202 207, 219  
 20.1.1978, AB 315, tB/S V, p. 216 69, 74  
 28.1.1978, tB/S V, p. 230 77  
 2.2.1978, tB/S V, p. 226 75  
 2.2.1978, AB 210 290  
 2.2.1978, AB 341 87, 279  
 9.2.1978, AB 211 184  
 28.2.1978, tB/S V, p. 233 195  
 28.3.1978, Gem.stem 6510, 5 167  
 7.4.1978, tB/S V, p. 254 282  
 18.4.1978, tB/S V, p. 258 153  
 20.4.1978, AB 405 219



- 11.5.1978, AB 360, tB/S V, p. 267 159, 288
- 17.5.1978, tB/S V, p. 270a 217
- 1.6.1978, Gem.stem 6514, 7 96
- 2.6.1978, tB/S II, p. 73 83, 107
- 20.6.1978, tB/S V, p. 309 276
- 12.7.1978, tB/S VII, p. 153 284
- 3.8.1978, tB/S V, 94 220
- 3.8.1978, tB/S V, 95 82, 109
- 15.8.1978, BR p. 845 227
- 24.8.1978, tB/S VII, 55 170
- 5.9.1978, tB/S V, 101 234
- 15.9.1978, tB/S V, 102 276
- 3.10.1978, tB/S V, 107 96
- 23.10.1978, tB/S V, 109 282
- 28.11.1978, tB/S V, 111 237
- 12.12.1978, tB/S V, 112 95
- 21.12.1978, tB/S V, 114 241
- 29.12.1978, AB 1980, 558 141
- 2.1.1979, BR p. 274 228
- 8.2.1979, tB/S V, p. 436 281
- 22.2.1979, AB 1980, 623 145, 195, 290
- 1.3.1979, AB 350, tB/S II, 37 114
- 15.3.1979, tB/S V, 122 81
- 31.5.1979, tB/S XI, 17 129, 143
- 19.6.1979, Gem.stem 6609, 4 226
- 20.6.1979, BR p. 838 104
- 25.7.1979, BR p. 840 277
- 9.8.1979, tB/S II, 46 115
- 31.8.1979, tB/S I, 15 66
- 3.9.1979, AB 1980, 35, tB/S V, 137 178
- 7.9.1979, tB/S V, 138 217
- 11.9.1979, Gem.stem 6624, 4 241
- 11.9.1979, AB 1980, 610 195
- 19.9.1979, tB/S V, 140 141
- 20.9.1979, AB 1980, 598 141, 195
- 10.10.1979, AB 1980, 18 283
- 17.10.1979, AB 1980, 284 280
- 23.10.1979, tB/S V, 144 107
- 31.10.1979, AB 1980, 624 145
- 5.11.1979, tB/S V, 147 203
- 8.11.1979, AB 1980, 494, tB/S II, 52 124
- 9.11.1979, AB 1980, 339 228
- 21.11.1979, AB 1980, 354 74
- 27.11.1979, tB/S V, 152 96
- 27.11.1979, AB 1980, 77, Gem.stem 6599, 4 111, 283
- 18.12.1979, tB/S V, p. 567 217, 294
- 2.1.1980, tB/S V, p. 567 241
- 18.1.1980, tB/S V, 159 94, 126
- 29.1.1980, tB/S V, p. 568 210
- 5.2.1980, tB/S V, p. 568 203
- 15.2.1980, AB 423 222, 295
- 28.2.1980, AB 356 103
- 4.3.1980, tB/S V, p. 707 277
- 16.5.1980, tB/S V, 183 88
- 2.6.1980, Gem.stem 6647, 5 97
- 18.6.1980, tB/S V, 186 211
- 25.6.1980, AB 495 144
- 8.7.1980, tB/S V, 190 281
- 5.8.1980, tB/S II, 79 226
- 2.9.1980, tB/S XI, 32 88
- 8.9.1980, tB/S V, p. 831 237
- 11.9.1979, AB 1980, 597 150
- 7.10.1980, tB/S V, 198 76
- 10.10.1980, tB/S V, 200 78
- 16.10.1980, Gem.stem 6664, 3 229
- 30.10.1980, AB 1981, 255 89, 129
- 11.11.1980, tB/S V, 205 103
- 21.11.1980, Gem.stem 6644, 3 293
- 12.1.1981, tB/S V, 213 229
- 24.1.1981, tB/S V, 216 237
- 5.2.1981, AB 447 93
- 9.3.1981, tB/S XI, 35 287
- 19.3.1981, AB 1982, 411, tB/S I, 19 66, 290
- 24.3.1981, BR p. 709 233
- 24.3.1981, AB 286 66
- 9.4.1981, AB 404 111, 112
- 9.4.1981, tB/S V, 224, Gem.stem 6687, 4 89, 129
- 14.4.1981, tB/S I, 21 66
- 22.7.1981, Gem.stem 6701, 5 218
- 23.7.1981, tB/S V, 232 127
- 28.7.1981, tB/S VIII, 57 215
- 29.7.1981, AB 1982, 482 220
- 26.8.1981, tB/S V, 236 78
- 1.9.1982, tB/S IV, 84 67
- 3.9.1981, tB/S V, 239, Gem.stem 6699, 5 203, 280
- 7.9.1981, tB/S V, p. 974 88, 190
- 25.9.1981, Gem.stem 6703, 6 187
- 30.9.1981, TvO 1983, p. 342 115
- 16.10.1981, AB 1982, 137 77, 102
- 26.10.1981, AB 1982, 264 76
- 20.11.1981, AB 1982, 175, Gem.stem 6706, 6 93, 222
- 8.12.1981, tB/S V, p. 988 242

- 11.12.1981, tB/S V, p. 955 280  
 14.12.1981, tB/S V, 246 203  
 15.12.1981, AB 1982, 233 111  
 17.12.1981, tB/S V, p. 1036 232  
 28.1.1982, tB/S V, 254 97  
 11.2.1982, tB/S V, 256 141  
 16.2.1982, tB/S V, 257 281  
 29.4.1982, BR p. 758 110  
 19.5.1982, tB/S V, 264, AB 481 103, 210  
 27.5.1982, AB 1983, 62 185  
 28.5.1982, tB/S V, 265 141  
 1.6.1982, tB/S V, 266 97  
 8.6.1982, AB 1983, 139, Gem.stem 6738, 5 101, 202, 281  
 14.6.1982, tB/S V, 267 218  
 3.8.1982, Gem.stem 6738, 6 101, 281  
 26.8.1982, Gem.stem 6726, 5 110  
 13.9.1982, Gem.stem 6737, 8 217  
 19.10.1982, tB/S V, 277 282  
 24.11.1982, AAe 1983, p. 773 279  
 13.12.1982, tB/S V, 285 144  
 31.12.1982, tB/S V, 290 153  
 19.1.1983, tB/S IV, 90 153  
 22.3.1983, AB 1984, 163 164  
 21.4.1983, tB/S V, p. 1239 294  
 2.5.1983, tB/S V, 299 236  
 10.5.1983, AB 408 165  
 24.5.1983, Gem.stem 6764, 7 83, 107  
 30.5.1983, AB 397 295  
 16.8.1983, AB 1984, 196 282  
 11.10.1983, AB 1984, 74 229  
 3.11.1983, tB/S V, 321 187  
 30.11.1983, AB 1984, 119 76  
 30.12.1983, tB/S V, p. 1388 102  
 3.1.1984, tB/S V, 325 284  
 6.2.1984, AB 290 120  
 14.2.1984, tB/S V, 333 102  
 16.2.1984, AB 422 163  
 27.3.1984, tB/S V, p. 1417 293  
 27.3.1984, tB/S V, 339 137  
 8.5.1984, AB 1985, p. 967 155  
 29.5.1984, AB 1985, 66 187  
 22.6.1984, AB 539 180  
 4.9.1984, tB/S V, p. 1499 208, 218  
 6.9.1984, AB 1985, 233, Gem.stem 6799, 7 116  
 6.9.1984, AB 1986, 85 276  
 25.9.1984, AB 1985, 138 116  
 9.11.1984, AB 1985, 597 242  
 9.11.1984, Gem.stem 6799, 4 217, 295  
 12.11.1984, AB 1985, 399 123, 281  
 16.11.1984, AB 1985, 563 102  
 27.11.1984, tB/S V, p. 1500 295  
 22.1.1985, AB 1986, 278 163  
 22.1.1985, AB 298 214  
 12.2.1985, tB/S V, 366 224  
 12.2.1985, AB 1986, 98 95  
 15.2.1985, AB 299 116  
 19.2.1985, AB 565 187  
 22.2.1985, tB/S VIII, 88, Gem.stem 6787, 5 120  
 26.3.1985, AB 468, Gem.stem 6799, 5 217, 224, 240, 294, 295  
 23.4.1985, AB 1986, 11 224, 295  
 29.4.1985, AB 519 227  
 25.7.1985, tB/S V, 377 215  
 11.9.1985, AB 1986, 247 285  
 12.9.1985, AB 1986, 388 298

## Afdeling rechtspraak van de Raad van State

- 14.9.1976, tB/S V, p. 5, AB 283 78  
 14.12.1976, tB/S III, p. 1 152, 287  
 29.12.1976, tB/S V, p. 9 69  
 28.4.1977, AB 288 282  
 29.6.1977, tB/S V, p. 73 153, 161  
 30.6.1977, AB 392 108  
 8.7.1977, tB/S V, p. 82h 84, 190  
 15.7.1977, AB 1978, 151 241, 242  
 26.8.1977, Gem.stem 6484, 5, AB 421 73, 96  
 1.9.1977, AB 366 175, 176  
 21.9.1977, AB 1978, 78 148  
 23.9.1977, AB 1978, 213, tB/S V, p. 151 75, 115, 276  
 23.9.1977, tB/S III, p. 130 127, 297  
 30.9.1977, tB/S III, p. 142 280  
 30.9.1977, AB 1978, 134 141  
 7.10.1977, AB 1978, 77 130  
 25.11.1977, AB 1978, 259 99  
 30.11.1977, AB 1978, 54 116, 155  
 1.12.1977, AB 1978, 208 170, 177, 180  
 1.12.1977, AB 1978, 229 195, 198, 290  
 2.12.1977, BR 1978, p. 312 115  
 9.12.1977, AB 1978, 194 130  
 15.12.1977, tB/S II, p. 52 94

- 16.12.1977, AB 1978, 192 118  
 12.1.1978, AB 406, tB/S V, p. 211 236  
 13.1.1978, Gem.stem 6498, 5 215  
 20.1.1978, tB/S V, p. 219 73  
 2.2.1978, AB 210 195, 197, 198, 292  
 9.2.1978, AB 211 195  
 14.2.1978, AB 1979, 466 124  
 16.2.1978, AB 479 208, 228  
 17.2.1978, AB 480 98  
 24.2.1978, AB 264 224  
 10.3.1978, AB 381 165, 288  
 16.3.1978, AB 1979, 91, tB/S V, p. 240 105  
 7.4.1978, AB 474 66  
 12.5.1978, Gem.stem 6566, 3 109  
 17.5.1978, AB 429 93  
 2.6.1978, tB/S V, p. 273 150  
 8.6.1978, tB/S V, p. 287 210  
 8.6.1978, BR p. 679 236  
 8.6.1978, Gem.stem 6514, 8 170, 176  
 11.6.1978, tB/S V, p. 292 153  
 13.6.1978, tB/S V, p. 294 212  
 13.6.1978, tB/S I, p. 26 66  
 14.6.1978, tB/S I, p. 31 66  
 16.6.1978, tB/S V, 80 156, 287  
 16.6.1978, AB 1979, 158 115  
 23.6.1978, BR p. 651 228  
 26.6.1978, AB 1979, 286 162  
 30.6.1978, tB/S V, p. 311 129  
 4.7.1978, tB/S V, p. 319 96, 122  
 12.7.1978, AB 433 96  
 20.7.1978, tB/S V, 91 103  
 7.8.1978, AB 1979, 215, Gem.stem 6534, 5 226, 295  
 11.8.1978, AB 1979, 111 96, 145, 195, 196  
 29.8.1978, tB/S V, 98, AB 1979, 116 145  
 6.9.1978, tB/S V, p. 371 226  
 15.9.1978, tB/S III, 93 77, 78  
 25.9.1978, tB/S V, p. 371 226  
 2.10.1978, tB/S V, 104 226  
 2.10.1978, tB/S V, 106 141  
 6.10.1978, tB/S VII, p. 177 229  
 17.10.1978, AB 1979, 196 153, 157  
 17.10.1978, tB/S V, 108 213  
 25.10.1978, tB/S V, 110 158  
 16.11.1978, tB/S II, 27 114  
 21.11.1978, AB 1980, 528 140, 290  
 2.1.1979, AB 1980, 638 164, 165  
 3.1.1979, tB/S V, 117, AB 1980, 614 143, 153  
 16.1.1979, AB 473 224  
 5.2.1979, tB/S V, 119 85  
 22.2.1979, tB/S V, 120 89, 281  
 26.2.1979, AB 418 214  
 26.2.1979, Gem.stem 6574, 4 227  
 13.3.1979, AB 1981, 6 166  
 20.3.1979, tB/S III, 119 124  
 30.3.1979, AB 1980, 627 165, 167  
 3.4.1979, AB 1980, 97 116  
 5.4.1979, tB/S VIII, 30 284  
 12.4.1979, AB 369 108  
 9.5.1979, tB/S V, 125 88  
 6.6.1979, tB/S V, 127 143  
 15.6.1979, tB/S V, 126 216  
 2.7.1979, tB/S V, 129 140  
 19.7.1979, tB/S V, 131 117  
 20.8.1979, tB/S V, 133, Gem.stem 6592, 6 103, 209  
 21.8.1979, tB/S V, 134 109  
 28.8.1979, tB/S V, 135 282  
 30.8.1979, AB 1980, 128 140, 227  
 30.8.1979, tB/S V, 136 111  
 19.9.1979, AB 1980, 175 281  
 2.10.1979, tB/S V, 142 101  
 2.10.1979, AB 1981, 25 93  
 9.10.1979, AB 1980, 242 295  
 19.10.1979, AB 1980, 249 227  
 23.10.1979, tB/V, 145 208, 219  
 30.10.1979, BR 1980, p. 205 98  
 6.11.1979, tB/S V, 148 121, 280  
 12.11.1979, AB 1980, 199 93, 126, 185  
 22.11.1979, AB 1980, 341 137  
 4.12.1979, tB/S V, p. 566 294  
 10.12.1979, tB/S V, 153 208, 219  
 10.12.1979, AB 1981, 71 155  
 15.12.1979, tB/S II, p. 52 285  
 17.12.1979, tB/S V, 156 96  
 17.12.1979, AB 1980, 560 159, 288  
 2.1.1980, tB/S V, 158 184  
 24.1.1980, Gem.stem 6631, 5 97  
 27.1.1980, Gem.stem 6613, 5, tB/S V, p. 567 217  
 7.2.1980, Gem.stem 6633, 4 117  
 9.2.1980, AB 583, tB/S V, 165 153  
 21.2.1980, AB 333 108  
 28.2.1980, AB 526, Gem.stem 6625, 8, tB/S V, 166, NG 1980, p. S 147 89, 170, 176, 275

- 4.3.1980, tB/S V, p. 707 88  
7.3.1980, tB/S V, 169 120  
11.3.1980, AB 463, 234  
20.3.1980, AB 421 279  
20.3.1980, AB 465 233  
31.3.1980, tB/S V, 174 284  
23.4.1980, AB 625 227  
6.5.1980, AB 478, 103  
6.5.1980, AB 603 141  
8.5.1980, Gem.stem 6655, 2 99  
8.5.1980, tB/S V, 180 160, 287, 288  
8.5.1980, tB/S V, 181 162  
9.5.1980, tB/S V, 182 99  
13.5.1980, AB 561, 191  
3.6.1980, AB 537, 140, 291  
20.6.1980, AB 567 182  
30.6.1980, tB/S V, 187 191  
4.7.1980, AB 613 116  
4.7.1980, tB/S V, 5 96  
7.7.1980, tB/S V, 189 122  
14.7.1980, AB 464 234  
15.7.1980, AB 1981, 23 105  
15.7.1980, tB/S V, 191 212  
31.7.1980, AB 1981, 4, Gem.stem 6647, 6 236  
7.8.1980, tB/S V, 191a 277  
12.8.1980, Gem.stem 6647, 9 227  
4.9.1980, Gem.stem 6647, 10 211  
4.9.1980, AB 1982, 483 239, 293  
18.9.1980, AB 1981, 148 179  
29.9.1980, AB 1981, 106 104  
7.10.1980, AB 1981, 377 120  
8.10.1980, tB/S V, 199, BR 1981, p 248 228, 232, 241  
14.10.1980, tB/S V, 201 282  
20.10.1980, tB/S V, 203 112  
28.10.1980, Gem.stem 6663, 5 118  
30.10.1980, tB/S V, 204 235  
30.10.1980, AB 1981, 124 120  
14.11.1980, AB 1981, 282 284  
21.11.1980, Gem.stem 6662, 5 227  
25.11.1980, tB/S V, 208 142  
25.11.1980, tB/S V, 209, AB 1981, 198 149  
25.11.1980, tB/S V, 210 238  
16.12.1980, TvO 1981, p. 493 277  
19.12.1980, Gem.stem 6681, 2 99  
12.1.1981, tB/S V, 212 184, 189  
15.1.1981, AB 1982, 39, tB/S V, 214 67, 145  
15.1.1981, tB/S V, 215, Gem.stem 6674, 6 217  
29.1.1981, tB/S V, 217 285  
20.2.1981, Gem.stem 6679, 4, tB/S V, p. 846 202  
26.2.1981, tB/S V, 218 149  
27.3.1981, tB/S V, 220 142  
28.3.1981, tB/S V, 222 176  
16.4.1981, AB 379, Gem.stem 6676, 5 111, 113  
21.4.1981, tB/S V, 225 108  
8.5.1981, AB 391 284  
8.5.1981, AB 553 242  
13.5.1981, AB 1982, 199 85  
23.6.1981, Gem.stem 6699, 3 291  
26.6.1981, Gem.stem 6701, 3 281  
9.7.1981, tB/S V, 237 179  
13.7.1981, AB 1982, 147 162, 288  
14.7.1981, tB/S V, 231 126  
23.7.1981, tB/S V, 233 95  
3.8.1981, Gem.stem 6699, 6 97  
11.8.1981, Gem.stem 6702, 7 111  
21.8.1981, Gem.stem 6681, 8 117  
1.9.1981, Gem.stem 6703, 4 96  
4.9.1981, AB 541 116, 120  
10.9.1981, Vermande-editie Wet Arob, jur. art. 9, p. 13 275  
21.9.1981, AB 1982, 22 144  
22.9.1981, AB 588, Gem.stem 6712, 2 213, 242  
5.10.1981, AB 1983, 429 142, 148  
13.10.1981, AB 1982, 367 110  
16.10.1981, Gem.stem 6705, 4 214  
16.10.1981, tB/S V, 243 87, 213  
19.10.1981, tB/S V, 244 76, 95  
20.10.1981, Gem.stem 6722, 4 167  
13.11.1981, AB 1982, 206, tB/S V, 245 84, 101, 213, 238, 281  
20.11.1981, AB 1982, 80, Gem.stem 6712, 5 232  
24.11.1981, Gem.stem 6712, 6 107  
7.12.1981, tB/S V, p. 1035 229  
8.12.1981, AB 1982, 477 85  
15.12.1981, AB 1982, 298 163  
20.12.1981, tB/S V, p. 1045 287  
21.12.1981, A-3.3523 (1980) 277  
5.1.1982, Gem.stem 6723, 5 111

- 8.1.1982, tB/S V, 252 77, 79  
 11.1.1982, AB 177, Gem.stem 6712, 7 227  
 11.1.1982, AB 356, Gem.stem 6720, 5 236  
 12.1.1982, AB 299 163, 289  
 5.2.1982, tB/S V, 255 234  
 9.2.1982, BR p. 508 227  
 22.2.1982, tB/S V, p. 1035, Gem.stem 6724, 4 228  
 2.3.1982, AB 274 211  
 29.3.1982, AB 478 103  
 19.4.1982, AB 355, Gem.stem 6720, 4, tB/S V, 261 101, 213, 238, 296  
 20.4.1982, tB/S V, 262 95  
 23.4.1982, AB 447 271  
 1.6.1982, Vermande-editie Wet Arob, jur. art. 3, p. 5 93  
 5.7.1982, AB 1983, 129 230  
 30.7.1982, tB/S V, p. 1089 289  
 6.8.1982, Gem.stem 6737, 5 296  
 9.8.1982, AB 538, tB/S VIII, 71 106  
 9.9.1982, AB 1983, 269 163  
 8.10.1982, tB/S V, p. 1250 182  
 15.10.1982, AB 1983, 87 185  
 4.11.1982, Gem.stem 6757, 9 204  
 17.11.1982, tB/S V, p. 1153 218  
 22.11.1982, tB/S V, 279 95  
 23.11.1982, tB/S V, 280 285  
 30.11.1982, tB/S V, 283 128  
 2.12.1982, AB 1983, 144 223  
 14.12.1982, tB/S V, 286, Gem.stem 6755, 4 239  
 23.12.1982, tB/S V, 289 164  
 3.1.1983, tB/S V, 291 107  
 3.1.1983, tB/S V, 292 86, 277  
 7.1.1983, tB/S V, 293 124  
 10.1.1983, AB 306 78  
 21.1.1983, tB/S III, 412 287  
 22.1.1983, AB 1984, 154 288  
 27.1.1983, tB/S V, 294 66  
 7.2.1983, AB 428 147, 161  
 10.2.1983, Gem.stem 6754, 5 277  
 24.2.1983, tB/S V, p. 1236 218  
 6.3.1983, AB 354 242  
 8.3.1983, tB/S III, 422 85  
 21.3.1983, tB/S V, p. 1240 242  
 5.4.1983, Gem.stem 6754, 9 277  
 5.4.1983, AB 534 164  
 21.4.1983, AB 478 123  
 9.5.1983, AB 413 93  
 19.5.1983, tB/S V, 301 181  
 11.7.1983, tB/S V, 306 85, 86  
 5.8.1983, Gem.stem 6761, 9 209  
 12.8.1983, tB/S V, 312 102  
 19.8.1983, AB 1984, 115 163  
 26.8.1983, tB/S V, 313 142, 291  
 30.9.1983, tB/S V, 317 191  
 13.10.1983, AB 1984, 156 165  
 25.10.1983, tB/S IV, 102 276  
 24.11.1983, AB 1984, 121 101  
 3.1.1984, AB 224 226  
 13.1.1984, Gem.stem 6770, 3 284  
 30.1.1984, tB/S V, 330 105, 155  
 7.2.1984, tB/S V, 332 99  
 10.2.1984, Gem.stem 6770, 4 284  
 28.2.1984, tB/S V, 334 202  
 4.5.1984, AB 412 239  
 22.5.1984, AB 1985, 153 136  
 24.5.1984, tB/S V, 345 180  
 15.6.1984, KG 241, AB 1985, 96 291  
 11.7.1984, Gem.stem 6778, 9 227  
 12.7.1984, tB/S V, p. 1445, AB 1985, 500 208, 214  
 13.7.1984, tB/S V, 350 74  
 26.7.1984, tB/S III, 546 170, 176  
 26.7.1984, tB/S V, p. 1444 239  
 26.7.1984, AB 1985, 221 163  
 31.7.1984, tB/S V, 352 157  
 28.8.1984, tB/S IV, 110 289  
 30.10.1984, tB/S V, 357 223  
 16.11.1984, AB 1985, 384 155  
 19.11.1984, tB/S V, 358, AB 1985, 199 223  
 30.11.1984, AB 1985, 386 155  
 10.12.1984, AB 1985, 237 108  
 20.12.1984, AB 1985, 274 77, 102  
 4.1.1985, AB 564 187  
 19.2.1985, AB 401 69  
 19.2.1985, AB 402 69  
 21.3.1985, Gem.stem 6813, 4 85  
 12.4.1985, tB/S V, 369 120  
 12.4.1985, tB/S V, 370 295  
 19.4.1985, AB 353 286  
 17.5.1985, AB 561 110  
 7.6.1985, AB 1986, 48 136  
 14.6.1985, tB/S V, 374 286  
 14.5.1986, AB 568 167

## Hoge Raad

23 11 1939, NJ 1940, 242 289  
9 1 1942, NJ 295 289  
19 11 1948, AB 1949, p 277 285  
4 3 1958, NJ 300 294  
1 6 1960, BNB 185 192  
11 11 1960, NJ 599 142  
24 10 1961, NJ 1962, 86 182  
2 2 1966, NJ 415 175  
19 1 1968, NJ 166 291  
24 1 1969, NJ 316 293  
22 2 1974, AAe 1976, p 42 275  
20 12 1974, NJ 1975, 221 142  
1 6 1976, NJ 558 294  
29 6 1979, AB 488, NJ 1981, 562 159  
22 4 1980, NJ 649 294  
6 5 1983, NJ 1984, 361 293  
1 7 1983, NJ 1984, 360 293  
27 1 1984, NJ 545 292  
24 2 1984, NJ 669 298  
25 9 1985, AB 1986, 64 293  
4 12 1985, AB 1986, 277 285  
16 5 1986, RvdW 109, AB 573 175  
16 5 1986, RvdW 110, AB 574 293

## Hof's-Gravenhage

12 9 1979, tB/S XII, 5 162, 288  
9 12 1983, NJ 1984, 642 291

## Rechtbank Breda

2 8 1983, AB 1984, 164 164

## President Rechtbank 's-Gravenhage

13 2 1986, AB 389 298

## Hof van Justitie der EEG

14 12 1962, Jurisprudentie van het Hof van  
Justitie, deel VIII, 1962, p 947 e v 208  
14 12 1962, Jurisprudentie van het Hof van  
Justitie, deel VIII, 1962, p 989 e v 208

## Kroon

14 2 1966, nr 22, K/vM, jur besch p 9  
240  
15 5 1968, nr 59, K/vM, jur besch p 46  
54  
28 6 1968, nr 43, K/vM, jur besch p 55  
73  
24 10 1968, nr 18, K/vM, jur besch p 61  
240  
11 7 1969, nr 32, K/vM, jur besch p 68  
73  
20 7 1970, nr 12, K/vM, jur besch p 96  
55, 58  
18 1 1971, nr 56, K/vM, jur besch p 105  
275  
16 7 1971, nr 26, K/vM, jur besch p 119  
55  
23 5 1972, nr 32, K/vM, jur besch p 133  
208  
5 6 1975, nr 21, K/vM, jur besch p 170  
54  
9 1 1976, nr 11, AB 1977, 294 159  
18 5 1983, nr 60, AB 362 283

## Centrale Raad van Beroep

15 10 1976, AB 1977, 60 119  
27 1 1978, AB 144 280  
24 3 1983, AB 321 280

## College van Beroep voor het bedrijfsleven

3 7 1967, SEW p 590 273  
12 7 1974, AB 256 280

## B en W Rotterdam

12 4 1983, BR p 854 288, 289

# Trefwoordenregister

**Aanmaning** 107, 108

**Aanschrijving** 108, 109, 169

**Aanwijzing**

- van monument 221

- van natuurmonument 219

- van plaatsen, gebieden e.d. 205, 217, 218, 222, 223, 224, 225, 228, 234, 235, 237, 239, 240, 254

**Acte detachable** 199, 251

**Adressaatscriterium** 201, 205, 206, 207-220, 221, 222, 223, 225, 230, 231, 234, 235, 236, 244, 254, 266

**Advies** 51, 97, 98, 104-106

**Adviserende bevoegdheid** 66

**Afgeven van**

- paspoorten 124

- rijbewijs 40, 129

**Bedrijfsruimteverklaring** 73, 126, 258

**Beginseltoestemming** 77, 123, 124

**Beleidsnota** 73, 96, 100, 167

**Beschikking**

**begrip** (ook: beschikkingsbegrip) 22, 23, 24, 25, 26, 27, 50, 51, 53, 54, 57, 60, 62, 63, 67, 78, 125, 133, 138, 151, 155, 186, 191, 220, 221, 233, 245, 246, 247, 250, 252, 253, 257, 262

- als bevoegdheidsgrondslag 18

als naar buiten gericht besluit (wilsverklaring) 24, 49, 63, 69, 71, 72-74

- als eenzijdig besluit (wilsverklaring) 24, 45, 49, 52, 63, 71-72

- als ontvankelijkheidsgrondslag 17, 18, 246, 263

- als schriftelijk besluit (wilsverklaring) 24, 45, 49, 52, 61, 63, 67-69, 73, 80, 135, 137, 259, 267

**impliciete** - 103, 189, 190-191, 248, 249

**rechtshandelskarakter van de** - (ook: de - als rechtshandeling) 18, 19, 27, 28, 39, 42, 43, 44, 45, 49, 50, 54, 62, 69, 80, 132, 248, 252

**rechtsvaststellende** - 38, 39, 40, 106

**term** (ook: woord -) 21, 22, 23

**weigering van een** - 24, 45, 49, 52, 53, 61, 62, 63, 68, 74-79, 84, 86, 87, 137, 139, 248, 258

**Besluit**

**basis** - 163, 232, 243

- van algemene strekking 19, 24, 49, 53, 54, 61, 63, 64, 70, 80, *201 244*, 247, 250, 251, 253, 254, 260, 262, 266, 267
- impliciet 82, *84 89*, 98
- principe 88, 89, 98, 99
- rechts 43, 128
- Bestuurscompensatie 163
  - beslissing 164
- Competentie
  - afbakening (ook afbakening van bevoegdheid) 138, 252, 262
  - verdeling (ook verdeling van rechtsmacht) 126, 165, 262, 266, 267
  - vraagstuk 263
- Concrete norm 216
- Contra legem 245, 246, 252
- Dienstrooster 237, 255
- Doelcriterium 201, 207, 225, 228, 229, 230
- Duldingsplicht 25, 37
- Goedkeuring(sbesluit) 122, 123, 153, 191, 192, 193, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 205, 238, 240, 242, 243, 244, 251
- Inschrijving als woningzoekende 84, 85, 86, 204, 249
- Integratietheorie 251
- Ketentheorie (zie ook oplos(sings)theorie) 139, 153, 156, 162, *191 200*, 202, 204, 223, *240 244*, 250, 253, 260, 265
- Kostenverhaal 136
- Machtiging tot voorlopig verblijf 76
- Motief 28, 32, 33, 94, 133, 161
- Ne bis in idem (beginsel) 117, 120
- Onteigeningsbesluit 213, 243
- Ontvangstbewijs 77, 89, 129, 130, 250
- Opdracht
  - tot instellen cassatie 95
  - tot opmaken proces verbaal 95
- Oplossing (ook zich oplossen) 123, 195, 197, 260
- Oplos(sings)theorie (zie ook ketentheorie) 139, 153, 162, 250, 260
- Persoonscriterium 215
- Plan
  - ambulance 234
  - bestemmings 225 *231, 232 239*, 243
  - landschaps 236
  - onteigenings 243
    - van uitgaven 239



postzegel - 222, 225-231, 232-239, 254

ruilverkavelings - 236

streek - 228, 232, 241

verkeerscirculatie - 203

wegen - 236

welzijns - 213, 238

woonwagen - 209, 235, 236

Prejudiciële vraag 266

Publiek domein 140

Publieke (publiekrechtelijke) taak (ook: overheidstaak) 47, 65, 66, 123, 138, 140, 144, 145, 146, 148, 151, 152, 159, 161, 165, 167, 168-183, 253, 257

Rechtshandeling naar burgerlijk recht 19, 61, 63, 70, 71, 80, 84, 121, 138-200, 202, 203, 204, 240, 247, 250, 251, 264, 265

Rechtsoordeel 33, 83, 106-111, 113, 134, 135, 136, 147, 148, 149, 248, 253, 260

Samenhangercriterium 201, 207, 213, 222, 225, 228, 230, 231-240, 247, 254, 255, 266

Standplaats(vergunning) 186, 187, 222

Strekking van een handeling (besluit) 33, 36, 37, 38, 39, 44, 94, 133

Subsidie 64, 100, 102, 144, 151-162, 168, 191, 210, 213, 238, 249, 253, 265

- aanvraag 84, 93

- aspect 155, 157

- beleid 158, 202

- beschikking 124, 152, 154, 196, 209, 249

- beslissing (besluit) 101, 152, 154, 155, 157, 158, 161, 213, 238, 250, 257, 259, 265

- karakter 249

- overeenkomst 140, 151, 152-159, 249, 253

- regeling 161, 210, 213

- vaststelling 76

- verlening 100, 102, 154

- voorschot 77, 102

- voorwaarden 213

Subsidiëring 66, 100, 121, 140, 151, 152, 154, 159, 212, 213, 250, 257

## **Uitweg**

- heffing 176

- toestemming 170, 171, 176

- vergunning(stelsel) 169, 170, 174-177, 188

- verlenen 258

Verklaring inzake passende woonruimte 123, 124

Verklaring van geen bezwaar

algemene - 215

derden-aanvraag van - 98

principe - 103, 104

Vorbereidingshandeling 54, 97-104, 106, 124, 198, 260

Voorschot (van een uitkering) 102, 141

Vooruit-akkoord 99, 100, 137

**Waarschuwing**

- inzake onbestelbaar verklaren van poststukken 142, 148
- voorafgaande aan bestuursdwang (ook: bestuurdwang -) 33, 50, 62, 67, 76, 94, 117, 128, 130-137, 144, 251, 252, 256, 258

**Wil** 28, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 41

**Wilsvorming** 193

**Zaakscriterium** 201, 202, 206, 207, 218, 219, 220-231, 236, 247, 254, 266

**Zendschema** 238

# Samenvatting

Men kan slechts gebruik maken van de bezwaar- en beroepsmogelijkheden van de Wet Arob wanneer men rechtstreeks in zijn belang is getroffen door een beschikking. Artikel 2 Wet Arob geeft aan wat in dit verband onder een beschikking moet worden verstaan. De jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State en haar voorzitter - te zamen ook wel aangeduid als de Arob-rechter - over de betekenis van dit wettelijke beschikkingsbegrip is omvangrijk en ingewikkeld. In dit proefschrift is getracht deze jurisprudentie te ordenen en te verklaren. De resultaten van de ondernomen analyse kunnen niet alleen behulpzaam zijn bij het verkrijgen van een beter inzicht in de jurisprudentie over artikel 2, ze vormen ook een aanwijzing dat de wetgever er goed aan zou doen de beperking van Arob-procedures tot beschikkingen te laten vallen.

Alvorens tot een bespreking van de jurisprudentie over te gaan wordt in hoofdstuk 1 aandacht besteed aan de term en het begrip beschikking in het algemeen, los van de Arob-definitie van beschikking waarin is voortgebouwd op de reeds in de doctrine ontwikkelde begripsvorming. Daarbij is ook enige aandacht besteed aan de wortels van het Nederlandse beschikkingsbegrip in Duitsland en Frankrijk. Het accent van dit hoofdstuk ligt echter op de typering van de beschikking als rechtshandeling. Omdat artikel 2 Wet Arob de beschikking onder meer als besluit gericht op enig rechtsgevolg aanmerkt, derhalve als rechtshandeling, is de verhouding tussen de begrippen handeling, handeling met rechtsgevolg en rechtshandeling enerzijds en tussen de begrippen besluit en handeling anderzijds onderzocht. Ten behoeve van de plaatsbepaling van de beschikking als publiekrechtelijke rechtshandeling, waarbij niet de bedoeling van de besluitnemer, maar de strekking van het besluit voorop staat, is een vergelijking getrokken met de privaatrechtelijke rechtshandeling.

In hoofdstuk 2 wordt aandacht besteed aan de parlementaire geschiedenis van artikel 2 Wet Arob. Dit is niet alleen historisch van belang, maar voor een goed begrip en een juiste beoordeling van de Arob-jurisprudentie ook noodzakelijk. Ook op de wetsgeschiedenis van en de Kroonjurisprudentie over artikel 2 Wet Bab, de wettelijke voorganger van artikel 2 Wet Arob, wordt ingegaan. De Arob-wetgever heeft immers de beschikkingsdefinitie van de Wet Bab tot uitgangspunt genomen voor zijn eigen definitie, al is er een groot tekstueel verschil.

Voorts worden in dit hoofdstuk alle elementen van de Arob-beschikking aan de orde gesteld. De elementen die in de volgende hoofdstukken nog als zodanig uitvoerig worden behandeld krijgen hier slechts een korte aanduiding, op de andere elementen wordt dieper ingegaan. Deze hebben de Arob-rechter in het algemeen niet voor grote problemen gesteld.

In hoofdstuk 3 staat de beschikking als besluit gericht op enig rechtsgevolg, als rechtshandeling dus, centraal. Het vereiste dat van een besluit sprake moet zijn wordt doorgaans soepel gehanteerd; ook impliciete besluiten kunnen beschikkingen zijn. Om Arob-beschikking te zijn moet een besluit rechtsgevolg hebben. Dit lijdt uitzondering bij onbevoegd genomen besluiten die echter meestal worden behandeld alsof ze een rechtsgevolg hebben; ze worden als beschikking beschouwd en vernietigd wegens het bevoegdheidsgebrek.

Besluiten die slechts op feitelijke gevolgen zijn gericht zijn geen beschikkingen. In dit verband krijgen de - in vier soorten onderscheiden - voorbereidingshandelingen, waaronder adviezen, ruime aandacht.

Van groot belang is de opvatting van de Arob-rechter dat rechtsoordelen beschikkingen zijn. Soms echter maakt de jurisprudentie op dit punt een gekunstelde indruk, zoals bij de beslissing op een verzoek om informatie.

beschikking zelf een beschikking is, is aan de orde gesteld. Het antwoord luidt bevestigend wanneer zich inmiddels relevante nieuwe feiten of omstandigheden hebben voorgedaan. Of de tweede beslissing al dan niet na heroverweging is genomen is in beginsel niet van belang. Ter afsluiting van het gedeelte over het rechtsgevolg is de figuur van de beschikking zonder (specifieke) wettelijke basis onderzocht. Buiten de in hoofdstuk 4 behandelde gevallen, waarin het rechtshandelskarakter buiten twijfel staat, lijkt de Arob-rechter er weinig voor te voelen dergelijke besluiten als beschikking te beschouwen.

Om beschikking te zijn moet een besluit niet alleen rechtsgevolg hebben, het moet er ook op gericht zijn. Met dit vereiste wordt door de Afdeling rechtspraak zeer vrijzinnig omgegaan. Met name is kritiek geleverd op de jurisprudentie inzake het afgeven van bewijsstukken en de waarschuwing voorafgaande aan bestuursdwang.

Hoofdstuk 4 gaat over het onderscheid beschikking - rechtshandeling naar burgerlijk recht. Omdat de wet dit onderscheid tot tegenstelling heeft gemaakt is de Arob-rechter voor veel lastige vragen gesteld. Ofschoon hij als uitgangspunt neemt, dat voor het aannemen van een beschikking een geschreven publiekrechtelijke grondslag nodig is die de bevoegdheid tot het nemen van de beschikking verschafft, neemt de Arob-rechter op belangrijke terreinen genoeg met hetzij zeer algemene titels, die als basis van de algemene bestuursbevoegdheid kunnen dienen (subsidies, besluiten ex artikel 209 gemeentewet), hetzij met het beleid (schadevergoedingsbesluiten). Uitvoerig is ingegaan op de in de Arob-jurisprudentie ontwikkelde gedachte dat het bestaan van een publieke taak grondslag voor beschikkingsbevoegdheid zou kunnen zijn. Inzake het sluiten van overeenkomsten is de Afdeling rechtspraak veel terughoudender bij het toepassen van deze gedachte dan bij andere rechtshandelingen.

Wanneer de overheid privaatrechtelijk handelt dan kan daaruit volgens de Arob-rechter onder omstandigheden de impliciete weigering een beschikking te nemen worden afgeleid. Aan deze opvatting kan gelet op de jurisprudentie tot dusver slechts theoretische betekenis worden gehecht. Een en ander dient te worden onderscheiden van het geval waarin door privaatrechtelijk handelen de inhoud van een nog te verrichten publiekrechtelijke handeling reeds vaststaat.

Aan het slot van dit hoofdstuk wordt uitgebreid en kritisch aandacht besteed aan de zogenaamde ketentheorie: besluiten die nauw verband houden met rechtshandelingen naar burgerlijk recht worden voor wat de mogelijkheid van beroep betreft daarmee op één lijn gesteld.

In hoofdstuk 5 worden de besluiten van algemene strekking behandeld. Eerst wordt kort ingegaan op de verhouding van het bepaalde in artikel 2, lid 2 sub a Wet Arob tot de andere hoofdelementen van de Arob-beschikking, alsmede op de parlementaire geschiedenis van genoemd artikellid. Daarna komen de vier in de jurisprudentie gehanteerde criteria voor het onderscheid beschikking - besluit van algemene strekking aan de orde. Dit zijn het adressaatscriterium - vormen de adressaten van het besluit een gesloten kring -, het zaakscri-

terium - heeft het besluit betrekking op een of meer bepaalde of bepaalde concrete zaken -, het doelcriterium - is het besluit genomen met het oog op een concreet doel - en het samenhangcriterium - leent het besluit zich voor afzonderlijke beoordeling door de rechter -. Ofschoon de toepassing van alle criteria inconsistenties te zien geeft wordt het grootste probleem gevormd door de toepassing van het zaakscriterium bij besluiten die de toepasselijkheid van wetgeving nader bepalen, met name gebiedsaanwijzingen.

Evenals hoofdstuk 4 wordt dit hoofdstuk afgesloten met een bespreking van de jurisprudentie waarin de ketentheorie wordt gevolgd. Anders dan in het vorige hoofdstuk vindt de toepassing van deze theorie hier haar rechtvaardiging in de parlementaire geschiedenis.

In het laatste hoofdstuk wordt een eigen uitgangspunt voor de beoordeling van de jurisprudentie geformuleerd. Dit luidt dat de rechter een zo ruim mogelijke doch consistente uitleg aan het beschikkingsbegrip dient te geven binnen de beperkingen die het vereiste van rechtshandeling en dat van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag met zich meebrengen. Vervolgens is de jurisprudentie aan dit uitgangspunt getoetst. De resultaten van die toetsing wijzen op een sterke behoefte bij de Arob-rechter aan een ruimere bevoegdheidsgrondslag.

De laatste paragraaf bevat een pleidooi voor het schrappen van de beschikking als bevoegdheidsgrondslag en het openstellen van Arob-bezwaar en -beroep tegen alle schriftelijke besluiten van administratieve organen.

# Zusammenfassung

## Der Arob-Verwaltungsakt

Das Widerspruchsverfahren und die Anfechtungsklage des Arob-Gesetzes stehen nur dann zur Verfügung, wenn man unmittelbar in seinen Interessen durch den Erlass eines Verwaltungsaktes betroffen ist. Der § 2 des Arob-Gesetzes bestimmt in diesem Zusammenhang selbst den Begriff Verwaltungsakt. Die Jurisprudenz der Abteilung Rechtsprechung des Staatsrates und von deren Vorsitzendem - zusammen Arob-Richter genannt - bezüglich der Deutung dieser gesetzlichen Begriffsbestimmung ist umfangreich und kompliziert. Die vorliegende Dissertation versucht diese Jurisprudenz zu ordnen und zu erklären. Die durch Analyse gewonnenen Ergebnisse dürften nicht nur zu einer besseren Einsicht in die Jurisprudenz bezüglich § 2 verhelfen, sie enthalten auch Hinweise dafür, dass der Gesetzgeber gut daran tun würde, bei Arob-Verfahren die ausschliessliche Beschränkung auf Verwaltungsakte fallenzulassen.

Als Auftakt zur Besprechung der Jurisprudenz behandelt das erste Kapitel den Begriff des Verwaltungsaktes im allgemeinen, losgelöst von dem Begriff, wie ihn das Arob-Gesetz umschreibt, und der auf der bereits in der Doktrin entwickelten Begriffsbildung basiert. Dabei werden auch kurz die Wurzeln des niederländischen Begriffs des Verwaltungsaktes in der BRD und in Frankreich berücksichtigt. Der Schwerpunkt dieses Kapitels liegt aber auf der Bezeichnung des Verwaltungsaktes als Rechtsakt. Da § 2 des Arob-Gesetzes den Verwaltungsakt u.a. als einen Beschluss deutet, der auf die Setzung von Rechtsfolgen gerichtet ist, also als Rechtsakt, ist der Unterschied zwischen den Begriffen Akt, Akt mit Rechtsfolgen und Rechtsakt einerseits und zwischen den Begriffen Beschluss und Akt andererseits Studienobjekt gewesen. Behufs der Bestimmung des Verwaltungsaktes als eines öffentlich-rechtlichen Rechtsaktes, wobei nicht der Wille des Beschlussfassenden, sondern der Sinn des Beschlusses im Vordergrund steht, ist ein Vergleich mit dem privaten Rechtsakt gemacht worden.

Im zweiten Kapitel wird auf die historische Entwicklung des § 2 des Arob-Gesetzes im Parlament eingegangen.

Dies ist nicht nur aus historischer Sicht wichtig, sondern auch für das Verständnis und eine richtige Beurteilung der Arob-Jurisprudenz notwendig. Auch die Entstehungsgeschichte und die Jurisprudenz der Krone bezüglich § 2 des Bab-Gesetzes, des gesetzlichen Vorgängers von § 2 des Arob-Gesetzes, werden beleuchtet. Hat doch der Arob-Gesetzgeber den Begriff des Verwaltungsaktes des Bab-Gesetzes als Ausgangspunkt für seine eigene Definition benutzt, wenn auch diese vom Text des § 2 des Bab-Gesetzes weitgehend abweicht.

So dann kommen in diesem Kapitel alle Elemente der Arob-Definition zur Sprache. Die Elemente, die in den folgenden Kapiteln noch ausführlich behandelt werden, werden hier nur kurz erwähnt, die übrigen Elemente werden hier ausführlich behandelt. Letztere haben dem Arob-Richter im allgemeinen keif grossen Schwierigkeiten bereitet.

Im dritten Kapitel steht der Verwaltungsakt als Beschluss, der auf die Setzung von Rechtsfolgen gerichtet ist, als Rechtsakt also, im Mittelpunkt. Dass ein Beschluss, d.h. eine Entscheidung oder Verfügung, vorliegen muss, wird meistens problemlos angenommen; auch implizite Beschlüsse können Verwaltungsakte sein. Der Arob-Verwaltungsakt muss als ein Beschluss mit Rechtsfolgen zu deuten sein.

Dies gilt nur nicht bei unzuständig gefassten Beschlüssen, die aber meist als Beschlüsse mit Rechtsfolgen behandelt werden; sie werden als Verwaltungsakt betrachtet und aufgrund dieser Unzuständigkeit aufgehoben. Nur auf faktische Folgen gerichtete Beschlüsse sind keine Verwaltungsakte. In diesem Zusammenhang werden die sogenannten Vorbereitungshandlungen, die in vier Typen eingeteilt sind, darunter die Begutachtungen, eingehend betrachtet. Der Auffassung des Arob-Richters, dass Rechtsurteile ebenso Verwaltungsakte sind, kommt dabei grosse Bedeutung zu. Manchmal aber macht die Jurisprudenz diesbezüglich einen gekünstelten Eindruck, wie z.B. bei Entscheidungen über Auskunftsanträge. Auch die Frage, ob eine Entscheidung, die einer vorher getroffenen Entscheidung identisch ist, ein Verwaltungsakt ist, wird zur Sprache gebracht. Die Antwort lautet bejahend wenn sich mittlerweile relevante neue Fakten oder Umstände ergeben haben.



Im Grunde genommen ist es unwichtig, ob diese zweite Entscheidung nach erneutem Erwägen getroffen wurde oder nicht. Am Ende dieses Abschnitts bezüglich der Rechtsfolgen wird der Verwaltungsakt-ohne-(besondere)-gesetzliche-Grundlage analysiert. Der Arob-Richter scheint nicht besonders geneigt, solche Beschlüsse als Verwaltungsakt anzusehen, mit Ausnahme freilich der im vierten Kapitel behandelten Fälle, in denen der Rechtsaktscharakter ausser Frage steht.

Ein Beschluss ist nicht bereits Verwaltungsakt, weil er Rechtsfolgen hat, sondern er soll auch auf deren Setzung gerichtet sein. Dieses Erfordernis wird von der Abteilung Rechtsprechung besonders lässig gehandhabt. Die Kritik gilt vor allem der Jurisprudenz bezüglich der Erteilung von Beweisschriften und der Androhung, die der Ersatzvornahme vorangeht.

Das vierte Kapitel behandelt den Unterschied zwischen Verwaltungsakt und privatrechtlichem Rechtsakt. Da das Gesetz diese beiden Termini als Gegensatzpaar betrachtet, steht der Arob-Richter vor vielen schwierigen Fragen. Obschon er davon ausgeht, dass die Annahme eines Verwaltungsakts eine geschriebene öffentlich-rechtlich begründete Zuständigkeit zu seinem Erlass erfordert, begnügt sich der Arob-Richter entweder mit besonders allgemeinen Begründungen, die die allgemeine Verwaltungszuständigkeit stützen können (Subventionen, Entscheidungen aufgrund des § 209 G.O.), oder gar mit der Verwaltungspolitik (Entschädigungsbeschlüsse). Die in der Arob-Jurisprudenz entwickelte Theorie, dass nur das Bestehen einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe die Grundlage für die Zuständigkeit zum Erlass von Verwaltungsakten sein kann, wird eingehend erörtert. Die Abteilung Rechtsprechung ist sehr zurückhaltend, wo es gilt, diese Theorie beim Abschluss einvernehmlicher Abkommen anzuwenden im Vergleich zu anderen Rechtsakten.

Wenn die Behörden privatrechtlich handeln, kann nach Ansicht des Arob-Richters ihr Handeln unter Umständen auf die implizite Weigerung, einen Verwaltungsakt zu erlassen, zurückgeführt werden. Dieser Theorie kann indessen bei Berücksichtigung der bisherigen Jurisprudenz nur theoretische Bedeutung zukommen. Dieser Fall ist von demjenigen zu unterscheiden, in dem privatrechtliches Handeln den Inhalt eines noch nicht ergangenen öffentlich-rechtlichen Aktes bereits bestimmt. Zum Abschluss dieses Kapitels wird die Ketentheorie eingehend und kritisch zur Sprache gebracht: Beschlüsse, die sehr eng mit privatrechtlichen Rechtsakten zusammenhängen, wer-

den, soweit es die Möglichkeit zur Anfechtungsklage betrifft, mit diesen privatrechtlichen Rechtsakten gleichgestellt.

Im fünften Kapitel werden Beschlüsse behandelt, die nicht zur Regelung eines Einzelfalles gefasst werden. Als erstes wird kurz das Verhältnis von § 2 Abs. 2 sub a zu den anderen Hauptelementen des Arob-Verwaltungsaktes erwähnt, wie auch die Entstehungsgeschichte von § 2 Abs. 2 sub a Arob-Gesetz.

Dann folgen die vier in der Jurisprudenz gehandhabten Kriterien, um festzustellen, ob ein Beschluss zur Regelung eines Einzelfalles vorliegt. Diese sind: das Adressatenkriterium - bilden die Adressaten des Beschlusses einen geschlossenen Kreis? -; das dingliche Kriterium - bezieht sich der Beschluss auf ein Ding oder auf mehrere bestimmbare konkrete Dinge? -; das Zweckkriterium - bezieht sich der Beschluss auf einen bestimmten Zweck? -; und das Zusammenhangkriterium - eignet sich der Beschluss für eine separate Beurteilung durch den Richter? Obwohl die Anwendung aller dieser Kriterien zu Inkonsistenzen führt, bildet indessen die Anwendung des dinglichen Kriteriums bei Beschlüssen bezüglich der näheren Bestimmung der Anwendbarkeit von Gesetzgebung das grösste Problem, vor allem bei der Bestimmung von Gebieten.

Wie das vierte Kapitel, wird auch dieses mit einer Analyse der Jurisprudenz bezüglich der Kettentheorie abgeschlossen. Im Gegensatz zum vorigen Kapitel aber findet die Anwendung dieser Theorie hier ihre Rechtfertigung in der Entstehungsgeschichte des Arob-Gesetzes.

Im letzten Kapitel wird ein eigener Ausgangspunkt zur Beurteilung der Jurisprudenz formuliert. Dieser enthält eine möglichst extensive, doch gleichzeitig konsistente Interpretation des Verwaltungsaktbegriffes durch den Richter, innerhalb der Beschränkungen, die das Erfordernis, ein Rechtsakt zu sein und das Erfordernis der gesetzlichen Zuständigkeitsgrundlage mit sich bringen. Anschliessend wird die Jurisprudenz diesem Ausgangspunkt gegenübergestellt. Die Ergebnisse dieses Vergleiches weisen darauf hin, dass dem Arob-Richter mit einer Kompetenzerweiterung sehr gedient wäre.

Der letzte Abschnitt enthält ein Plädoyer dafür, den Verwaltungsakt als Kompetenzgrundlage aufzuheben und das Arob-Widerspruchsverfahren und die -Anfechtungsklage gegen alle schriftlich ergangenen Beschlüsse der Verwaltungsorgane zu ermöglichen.

# Curriculum vitae

F.C.M.A. (Lex) Michiels werd op 18 augustus 1954 geboren te Delft. Zijn middelbare schoolopleiding volgde hij aan het Gymnasium Immaculatae Conceptionis, later Boschveldcollege genaamd, te Venray, waar hij in 1972 het diploma Gymnasium-B behaalde. Aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen studeerde hij psychologie, hoofdrichting sociale psychologie, (1972-1981) en Nederlands recht (1974-1979). Sinds 1979 is hij als wetenschappelijk medewerker staats- en bestuursrecht verbonden aan de Juridische Faculteit aldaar.



# Stellingen

Stellingen behorende bij het proefschrift 'De Arob-beschikking' van F.C.M.A. Michiels

- 1 De veel gebruikte aanduiding 'ons hoogste rechtscollege' voor de Hoge Raad miskent de positie van administratiefrechterlijke colleges die in hoogste ressort rechtspreken.
- 2 De neiging van sommige beoefenaren van de rechtswetenschap niet te schrijven over zaken die nog onder de rechter zijn geeft blijk van een onjuiste opvatting over de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.
- 3 In de Doctoraal II-fase van het curriculum Nederlands recht dient het vak Vergelijkend publiekrecht te worden opgenomen.
- 4 Het reclame-verbod voor lokale omroep moet worden opgeheven.
- 5 Vijf jaar na de verhuizing van de Nijmeegse Juridische Faculteit van enige verspreid liggende panden in de binnenstad naar de Thomas van Aquinostraat kan worden gesteld, dat de ervaringen van het personeel van deze faculteit de theorie die inhoudt dat geografische nabijheid de sociale contacten bevordert, bevestigen. (Zie voor de theorie: J.T. Tedeschi en S. Lindskold, Social Psychology, New York 1976, p. 465 e.v.).
- 6 Klassieke muziek van eigentijdse componisten wordt wel als ernstige muziek aangeduid.  
Evenmin als alle klassieke muziek stamt uit de periode der klassieke componisten, kan alle ernstige muziek serieus worden genomen.











